

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho mención Constitucional

El amparo constitucional en el Ecuador: *¿regulación o restricción a la protección de los derechos fundamentales?*

Sebastián López Hidalgo
Tutor: Doctor Agustín Grijalva Jiménez

Cuenca- Ecuador
2009

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

*Pablo Sebastián López Hidalgo.
12 de Febrero de 2009*

Abstract

La existencia de unos derechos supone como correlato la vigencia de garantías que hagan efectivos los mismos. La acción de amparo constitucional –hoy acción de protección- constituye ese mecanismo ágil y efectivo de defensa de los derechos constitucionales, sin embargo, ha sido común en nuestro ordenamiento jurídico, restringir el uso y aplicación de esta garantía. Resoluciones de la ex Corte Suprema de Justicia y reglamentos del anterior Tribunal Constitucional han servido de fundamento para aquello.

Así, los actos políticos, una categoría de actos con origen en la doctrina francesa, han sido invocados constantemente como actos no susceptibles al control vía amparo, no obstante, una concepción moderna determina que el ejercicio de las funciones políticas que también son administrativas no deberían ser inmunes a ningún tipo de control jurisdiccional, ya que los actos políticos no son más que una categoría de los actos jurídicos. Igualmente, se ha invocado que el amparo es improcedente respecto de actos normativos, en cuyo caso, el mecanismo de impugnación es la acción de inconstitucionalidad, no obstante, ¿qué sucede con los actos de aplicación de una ley? Creemos efectivamente que los actos de aplicación de una ley pueden afectar derechos constitucionales en un caso en concreto, y por lo tanto, son susceptibles de impugnación vía acción de protección. Finalmente, la acción extraordinaria de protección, aun cuando constituye una garantía autónoma, posibilita una impugnación en contra de sentencias y autos definitivos que vulneren derechos fundamentales sin que ello implique desconocer instituciones jurídicas procesales como la cosa juzgada, sino más bien dotar a las sentencias de un verdadero sello de certeza que asegure la vigencia de los derechos y una interpretación uniforme del texto constitucional.

Bajo estos criterios, la acción de protección prevista en nuestra Constitución necesita ser regulada pero bajo ningún aspecto restringida en desmedro de su necesaria vigencia.

Dedicatoria.

Gracias a la bendición de Dios y a los conocimientos impartidos por mis profesores de la Universidad Andina Simón Bolívar, este trabajo de tesis está dedicado a mi esposa Maricela, a mi hija María Angélica y mi hijo Juan Sebastián, quines con su amor y ternura inspiran a cada momento mi diario vivir.

INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I. EL AMPARO CONSTITUCIONAL O ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO.-	
1.1. Noción conceptual de los actos políticos o de gobierno.....	11
1.2. La acción de amparo constitucional y los actos políticos o de gobierno: <i>¿una justificación de improcedente acorde a los nuevos tiempos?</i>	18
1.2.1. <i>Referencia histórica</i>	18
1.2.2. <i>Actos políticos relativos a las relaciones ejecutivo-legislativas</i>	22
1.2.3. <i>Actos políticos relativos a las relaciones internacionales</i>	23
1.2.4. <i>Derechos fundamentales y los actos políticos o de gobierno</i>	26
1.3. Análisis de la nueva Constitución en torno a la acción de protección y los actos materia de impugnación.....	32
a) Actos u omisiones de autoridad pública.....	35
b) Cuando la violación proceda de una persona particular; si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en situación subordinación, indefensión o discriminación.....	38
c) Contra políticas públicas cuando suponga la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales.....	42
CAPÍTULO II. LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL O ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y LOS ACTOS NORMATIVOS.-	

2.1. Los actos administrativos y los actos normativos.....	51
2.2. El control de constitucionalidad como garantía frente al legislativo. (Amparo constitucional e inaplicabilidad).....	58
1) La acción de protección y las leyes inconstitucionales.....	63
2) La acción de protección en contra de leyes autoaplicativas.....	64
3) La acción de protección en contra de un acto de ejecución sustentado en una norma inconstitucional.....	66
2.3. La acción de protección y las normas de carácter general en la nueva Constitución...	71
CAPÍTULO III. EL AMPARO (ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN) Y LAS DECISIONES JUDICIALES.-	
3.1. La cosa juzgada: <i>¿un límite a la acción de amparo constitucional o acción extraordinaria de protección?</i>	74
3.2. Tesis permisivas y tesis negativas respecto de la acción de amparo en contra de sentencias judiciales.....	85
3.2.1. Tesis negativas.....	85
3.2.2. Tesis permisivas.....	88
3.2.3. Objetivos fundamentales de la acción extraordinaria de protección en contra de sentencias.....	91
3.3. Análisis de la propuesta de la Asamblea Nacional Constituyente en torno a la acción extraordinaria de protección.....	95
CONCLUSIONES.....	102
BILBIOGRAFÍA.....	107

INTRODUCCIÓN.-

Si el principio de legalidad propio del Estado legislativo de derecho como una garantía de certeza frente a la arbitrariedad y al poder absoluto e ilimitado constituyó un primer cambio de paradigma, el tránsito de éste al Estado constitucional no es menos importante. Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadoras de las leyes, límite y vínculo de los poderes públicos, son la característica de los Estados democráticos hoy en día.

La adecuación de la autoridad a un régimen de derecho, de vigencia y respeto de los derechos fundamentales y de las garantías básicas, constituye la fuente de legitimidad de los poderes públicos; sin embargo, ese respeto y garantía incondicional de unos derechos no ha sido la constante dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Frente a las arbitrariedades, abusos e injusticias de autoridad pública y de los particulares en ciertos casos, nuestro sistema jurídico al igual que la mayoría de los países democráticos hoy en día, ha previsto algunos mecanismos de garantía y respeto de los derechos, entre los que destaca la garantía jurisdiccional de la *acción de protección*.

La acción de protección, -anterior acción de amparo constitucional-, ha constituido quizá una de las garantías jurisdiccionales más importantes y enriquecedoras dentro del ordenamiento jurídico de un Estado. Ello no quiere decir que, como institución vital del derecho, no haya encontrado problemas de distinta naturaleza tanto en su aplicación como en su interpretación.

Aun cuando el presente trabajo se lo inició bajo la vigencia de la norma constitucional de 1998, en donde la acción de amparo constitucional como garantía constitucional de tutela de los derechos encontró grandes obstáculos por parte de quienes

con desconocimiento la utilizaban, la aplicaban e invocaban, la acción de protección prevista en la Constitución del 2008 tiene como reto superar aquella posición legalista, restrictiva, subsidiaria y excepcional de aplicación de esta garantía en perjuicio de los derechos fundamentales.

Por ello, el presente trabajo está orientado a constituirse en un aporte que permita consolidar una conciencia constitucional de respeto de los derechos, así como reafirmar el necesario sometimiento de todo el orden constituido a una norma suprema, al tiempo que desvirtúe de manera contundente y quizá para siempre argumentaciones restrictivas de los derechos y garantías, que permitan tomar a los derechos en serio como lo decía Ronald Dworkin.

La ex Corte Suprema de Justicia a través de sus resoluciones, pretendiendo regular el genuino sentido de las normas jurídicas en caso de duda u oscuridad, así como unificar la interpretación y asegurar la correcta aplicación de la acción de amparo constitucional en el orden jurídico, restringió de manera inconstitucional la vigencia y aplicación de tan noble garantía de defensa de los derechos. De igual forma, el Reglamento de trámite de expedientes emitido por el desaparecido Tribunal Constitucional, así como jurisprudencia del propio Tribunal, restringieron el campo de aplicación del amparo o protección en desmedro de los derechos fundamentales, postergando a la Constitución Política, como una verdadera norma suprema con evidente fuerza normativa.

El presente trabajo pone de manifiesto algunas de estas restricciones que han sido utilizadas como mecanismos de boicot de esta acción, concretamente en lo que tiene que ver con los actos políticos o de gobierno, los actos normativos y su vinculación con el amparo o protección, así como las decisiones judiciales que por primera vez en nuestro país, son susceptibles de impugnación vía acción extraordinaria de protección, manteniendo

coherencia con el tipo de Estado que hoy nos cobija, un Estado constitucional de derechos y justicia.

Concientes de algunas limitaciones, el primer capítulo del presente trabajo nos permitirá contar con una nueva visión del derecho administrativo y constitucional respecto de los actos políticos y de gobierno y su inexcusable óbice para el control de constitucionalidad, pues ellos, dentro de un Estado constitucional, no son más que una suerte de actos administrativos susceptibles de control.

En el segundo capítulo, nuestro análisis estará orientado a diferenciar lo que constituyen los actos administrativos y los actos normativos, así como también pondremos de manifiesto algunos criterios respecto de esta acción y las leyes autoaplicativas, al igual que los actos de ejecución de leyes, además de destacar que evidentemente un acto normativo en estricto sentido no habilita la impugnación vía acción de protección.

Finalmente, en el tercer capítulo nos detendremos a analizar la institución jurídica de la cosa juzgada y su vinculación con la acción extraordinaria de protección, así como las corrientes doctrinarias en torno al tema, y la necesaria inclusión o no en el orden jurídico constitucional ecuatoriano de una acción que juzgue la violación de un derecho constitucional dentro de un proceso.

CAPÍTULO I. EL AMPARO CONSTITUCIONAL O ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO.

1.1. Noción conceptual de los actos políticos o de gobierno.

En el presente trabajo me referiré a la acción de amparo constitucional o acción de protección como aquella garantía constitucional extraordinaria, breve, sencilla, expedita de protección de los derechos fundamentales frente a los actos u omisiones de autoridad pública, teniendo siempre presente, -y ese es justamente el objetivo del presente estudio-, marcar las diferencias de esta garantía constitucional existentes tanto en la Constitución Política de 1998 cuanto en la nueva Constitución del 2008.

Nuestro análisis comenzará entonces, por determinar cuáles son los actos políticos o de gobierno, cuál es su alcance y sentido, además de su necesaria vigencia o no dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Varios son los tratadistas que han estudiado o pasado revista en su análisis a los actos políticos o de gobierno; sin embargo, nos parece fundamental tener a nuestra disposición algunos antecedentes y conceptos claves que podrían explicar mejor la teoría de los actos políticos o de gobierno.

Uno de los principios fundamentales del Derecho Constitucional es sin duda, el principio de separación de poderes y que, a decir de Rafael Oyarte “esta técnica, de origen revolucionario francés, y atribuida generalmente a Montesquieu, no solo tiene por simple objeto asignar a diversos órganos la ejecución de competencias distintas, lo que es su finalidad instrumental, sino, en principio, evitar la concentración del poder en una sola esfera u órgano del poder público...”¹, principio absolutamente válido y necesario que no está en duda en cuanto al ámbito de las competencias y facultades ejercidas por los

¹ Rafael Oyarte Martínez, *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Quito, Fundación Andrade & Asociados, Fondo Editorial, 2da edición, 2006, p. 17.

diferentes órganos del poder público y de las propias funciones clásicas del Estado (ejecutiva, legislativa y judicial).

El doctor Julio Cesar Trujillo cuando se refiere a la organización del poder dice:

Es verdad que el poder del Estado es uno y único, o sea, que el Estado no tiene varios poderes sino uno solo y este poder tiene especificidades que no las comparte con nadie...este poder, de otra parte en el Estado social y democrático de derecho no es total ni absoluto, es decir no recae sobre todas las actividades de los habitantes de su territorio, ni sobre todas las relaciones sociales de estos entre sí, ni puede ejercerlo con los medios que se le ocurran [...] El conjunto de facultades se subdivide en grupos por la afinidad de los actos que realizan y concretan, por esto cuando esas facultades se contraían a expedir la ley, ejecutarla y aplicarla, los actos por los que cumplía estas tareas fueron agrupadas así: en la función legislativa los relativos a la expedición de la ley; en la ejecutiva los necesarios para la ejecución de ellas y en el judicial los tendentes a su aplicación [...] **Aunque es imposible separar de modo absoluto estas funciones, se ha logrado, al menos, distinguir lo esencial de cada una a los cuales se le han atribuido lo esencial de esas funciones**[...].² (Las negritas son mías).

Ahora bien, en el campo del derecho constitucional y de la doctrina administrativa en particular como fuente del derecho, se ha admitido también que el ejercicio de la función administrativa, entendida como una actividad orientada a la realización de fines concretos en beneficio de la colectividad³, puede referirse a todo el ente estatal a través de sus diferentes órganos (administración pública central o institucional), y a los particulares en el marco de la leyes que les confieran atribuciones y prerrogativas administrativas.

² Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2da edición, 2006, p. 238.

³ Gustavo Penagos, *El acto administrativo*, Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 5ta edición, tomo I, 1992, p. 64.

El problema surge quizá en cuanto a la determinación misma del concepto jurídico de administración pública, *dado que toda la actividad del Estado se realiza por medio de órganos administrativos, legislativos y judiciales y cada uno de ellos tiene a su cargo funciones de distinta naturaleza.*

Esta actividad o función administrativa a la que hemos hecho mención, requiere ser llevada a la vida práctica para el desarrollo mismo del Estado y sus instituciones, y la única forma de lograrlo, es a través de los denominados actos administrativos, unos de carácter particular y otros de carácter general conocidos también como actos normativos. Esta y otras referencias breves de los actos administrativos como un concepto general nos permitimos realizarla dada su íntima relación con los actos políticos o de gobierno.

Al respecto el tratadista Gustavo Penagos anota lo siguiente: “La doctrina del acto administrativo ha evolucionado para señalar que la decisión administrativa, puede ser ejercida por cualquiera de las ramas del poder público. **Así que la rígida separación de funciones ha sido superada, y en la actualidad se habla de colaboración armónica de las ramas del poder público...**”.⁴ (Las negritas se encuentran fuera del texto).

Los diferentes estudiosos del Derecho Administrativo han considerado que la doctrina no es pacífica en cuanto a la noción conceptual del acto administrativo, dado que la misma puede ser asumida desde dos puntos de vista: i) desde un punto de vista formal, orgánico; ii) desde el punto de vista material.

Manuel María Díez manifiesta: “...Desde el punto de vista formal serían actos administrativos todos aquellos que emanaren de un órgano administrativo. Desde el punto de vista material, serían actos administrativos todos aquellos actos que tuvieran un

⁴ Gustavo Penagos, op. cit., p. 61.

contenido administrativo independientemente de la naturaleza del órgano que emanaren...”.⁵

Como una premisa que nos ayudará a entender mejor toda la teoría de los actos políticos, y sin enmarcarnos en una u otra categoría de clasificación, podemos afirmar que, acto administrativo, es aquella declaración de voluntad, de conocimiento, de deseo o de juicio que en ejercicio de la función administrativa está orientada a crear, modificar o extinguir una situación jurídica en particular.

Por motivos de técnica jurídica y de control de legalidad, la doctrina ha distinguido entre función administrativa y función política, siendo la administrativa, aquella función aplicable a los actos administrativos en tanto que a la función política le serán inherentes los denominados actos políticos o de gobierno⁶; de ahí la importancia de las anotaciones realizadas pues como lo veníamos afirmando, solo una concepción moderna de la función administrativa determinará en definitiva que el ejercicio de las funciones políticas que también son administrativas, no deberían ser inmunes a ningún tipo de control jurisdiccional (una conclusión un tanto anticipada pero necesaria).

La pregunta que nos interesa en el fondo es la siguiente: ¿Qué son los denominados actos políticos o de gobierno?, o mejor aún, ¿existe en la actualidad algún principio jurídico que pueda justificar los actos políticos o de gobierno?

Los actos políticos o actos de gobierno, no son más que una categoría de los actos jurídicos, y riesgoso sería aceptar que los actos políticos **no** constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, sino actos esencialmente distintos por

⁵ Manuel María Díez, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, Editores-Libreros, tomo II, 1965, p. 203.

⁶ Gustavo Penagos, op. cit., p. 74.

ser una la función administrativa y otra la función política confiada a determinados órganos del poder ejecutivo (criterio que reitero es cuando menos riesgoso).

Penagos afirma que al ser el origen de los actos políticos o de gobierno una creación artificial del Consejo de Estado Francés, nadie ha podido definir con precisión qué debemos entender por actos políticos o actos de gobierno.

En palabras de Manuel María Diez, la definición de actos políticos o de gobierno es la siguiente: "...son declaraciones unilaterales del poder ejecutivo nacional, dictadas para resolver, en forma unitaria, cuestiones decisivas para la vida de la nación..."⁷, manifestando además lo siguiente:

Cuando en su oportunidad nos referimos a la noción conceptual de la administración pública considerada desde el punto de vista subjetivo dijimos que era un complejo orgánico y una serie de entes públicos menores encuadrados en el Poder Ejecutivo, agregando que en el Poder Ejecutivo se comprende también al Gobierno, por lo que no puede establecerse una igualdad entre aquél y la administración pública. Quiere decir, entonces, que el Poder Ejecutivo desempeña dos clases de funciones: la de gobierno o política y la de administración. Es difícil señalar límites entre gobierno y administración, aun cuando se puede percibir una diferencia. Gobernar es tomar decisiones esenciales que comprometen el porvenir de la nación, por ejemplo una declaración de guerra o un plan económico. La administración, en cambio es una tarea cotidiana que descende hasta los actos más simples. **Sin embargo, es difícil determinar la frontera entre los dos campos y, por lo demás, la función política o de gobierno y la administrativa competen ambas a los órganos que están en las gradas jerárquicas más elevadas del poder Ejecutivo. De**

⁷ Manuel María Diez, op. cit., p. 424.

allí, entonces, que no pueda decirse que la distinción entre gobierno y administración tenga un alcance jurídico sino sociológico y político.⁸ (Lo resaltado está fuera del texto).

La doctrina y la jurisprudencia internacional entienden a los actos políticos o de gobierno como aquellos actos relacionados con la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, la seguridad interior del estado, etc.; no obstante, autores como Alberto Wray al referirse a los actos políticos y de gobierno, manifiestan:

Ciertas actuaciones del poder público no corresponden, como se sabe, a la noción de acto administrativo tal como lo ha sido desarrollada por la doctrina. Algunos actos tienen naturaleza eminentemente política, como la elección de autoridades dentro de un cuerpo colegiado. Otros son actos de gobierno en los cuales la autoridad, dentro de un marco de discrecionalidad, define un rumbo, una política: crear o no un nuevo Ministerio, bajar o no el encaje bancario, son actos respecto de cuyo ejercicio está reconocida la facultad para determinado órgano o autoridad, pero no determinada normativamente las condiciones para decidir en uno u otro sentido [...].⁹

Con la finalidad de esbozar una teoría que nos permita caracterizar de justiciables a los actos políticos o de gobierno, hemos de reconocer efectivamente que el poder político está limitado por el derecho; lo contrario implicaría desconocer un estado de derecho y avalizar más bien un estado de la arbitrariedad. Al respecto Gustavo Penagos concluye: “Los principios expuestos, concretan el sometimiento del Gobierno a la Ley, sus actos, sin excepción ninguna deben adecuarse al principio de legalidad, que traducen el dogma de la

⁸ Manuel María Díez, op. cit., p. 411.

⁹ Alberto Wray, *Derecho Procesal Constitucional volumen II*, Quito, Pro Justicia, Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia USFQ, 2002, p. 97.

voluntad general, ya que el poder reside en el pueblo y no en el gobernante, y por consiguiente, no existe poder distinto al que confiere la Ley...”.¹⁰

A decir de Zagrebelsky, el principio de legalidad tiene un doble sentido:

El principio de legalidad se expresa de manera distinta según se tratase de la posición que los ciudadanos asumían frente al mandato legislativo o de la posición que la Administración asumía frente a dicho mandato...No era lo mismo decir que la Administración debía estar sujeta y, por tanto, predeterminada por la ley o, simplemente, delimitada por ella. En el primer caso, prevalente en el monismo parlamentario francés donde sólo la Asamblea representaba originariamente a la Nación y todos los demás órganos eran simples autoridades derivadas, la ausencia de leyes significaba para ésta la imposibilidad de actuar; en el segundo, extendido en Alemania y en las constituciones dualistas de la Restauración, la ausencia de leyes, comportaba en línea de principio, la posibilidad de perseguir libremente sus propios fines [...] Según la primera y más rigurosa concepción del principio de legalidad, el poder ejecutivo, carente de potestades originarias, dependía íntegramente de la ley, que-como por medio de cuentagotas- le atribuía cada potestad singular. La capacidad de actuar del ejecutivo dependía de *leyes de autorización* y sólo era válida dentro de los límites de dicha autorización. La segunda concepción, por el contrario, atribuía al ejecutivo la titularidad originaria de potestades para la protección de los intereses del Estado, circunscribiéndola solamente desde fuera por medio de *leyes limitadoras* [...].¹¹

Efectivamente el poder político está limitado por el Derecho, única fuente de validez y de legitimidad del poder del gobernante, cuyo origen es la expresión de la

¹⁰ Gustavo Penagos, op. cit., p. 29.

¹¹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 27.

voluntad popular. No encontramos razón alguna entonces, para justificar poderes absolutos y omnímodos inmunes al control de legalidad y peor aún de constitucionalidad.

Una decisión política cualquiera sea su naturaleza –llámese actos políticos o de gobierno- no puede ser caprichosa o arbitraria, no puede como en el pasado invocarse motivos personales, aspectos subjetivos y peor aún razones de Estado, pues tal como lo dejáramos anotado líneas atrás, el Estado, sus instituciones y autoridades, encuentran su límite en el ordenamiento jurídico que constituye además fuente de su legitimidad.

1.2. La acción de amparo constitucional y los actos políticos o de gobierno: *¿una justificación improcedente acorde a los nuevos tiempos?*

1.2.1. Referencia histórica.

Aun cuando muchos puedan pensar y con acierto valga decirlo, que las referencias históricas pueden resultar bastante aburridas y repetitivas, con la única finalidad de dar una respuesta a la interrogante propuesta en nuestro enunciado, es necesario que en unas pocas líneas hagamos una revisión de dónde provienen estos actos políticos y cuál es su justificación en los actuales momentos, concretamente en lo que tiene que ver con su inexcusable óbice para el control de legalidad y constitucionalidad.

El origen del concepto de los “actos políticos de gobierno” comenzó a delinearse después de la caída del emperador Bonaparte, cuando al ser sometidas al control de legalidad “los actos de gobierno” el Consejo de Estado francés, instituyó por vía jurisprudencial cierto tipo de actos no susceptibles de su conocimiento por carecer de competencia según su consideración particular por cierto.

Cuando el profesor Penagos se refiere al origen de los actos políticos o de gobierno dice:

La jurisprudencia francesa elaboró a partir del año de 1815 una doctrina artificial, sobre los llamados “Actos Políticos”, o de Gobierno, considerando que eran inmunes a todo control de legalidad, bien sea por parte de la justicia administrativa, o ya sea por la justicia ordinaria. Fenómeno originado ante la presión de los Borbones quienes consideraban que todas sus decisiones eran legítimas, en contraste con el principio de legalidad alegado por los herederos de la Revolución de 1789 [...].¹²

Manuel María Díez por su parte indica:

[...] parte de la doctrina acostumbra a distinguir entre actos políticos o de gobierno y actos administrativos... Los dos, actos de gobierno y administrativos, tienen exactamente los mismos elementos y la diferencia que se estableció tuvo su origen pretoriano en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés [...] La creación de esta categoría de actos de gobierno obedeció a una política defensiva del Consejo de Estado francés, con motivo del retorno de los Borbones. En esa oportunidad el Consejo de Estado fue atacado por los liberales que le condenaban por haber consolidado la situación de los adquirentes de los bienes nacionales. Ello dio origen a que sus atribuciones contenciosas fueran cuestionadas. Para poder defenderse, el Consejo de Estado limitó espontáneamente sus funciones con el fin de poder supervivir [...].¹³

Evidentemente, estas circunstancias produjeron una denegación de justicia importante, llevando a algunos autores como Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández a referirse a la teoría de los actos políticos o de gobierno como “*la vieja*

¹² Gustavo Penagos, *Los Actos Políticos*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1era edición, 1985, p.15.

¹³ Manuel María Díez, op. cit., p. 412.

teoría”¹⁴ en donde el Consejo de Estado francés se negó de manera sistemática a conocer de aquellas reclamaciones que tienen su relación con los problemas políticos.

La jurisprudencia de aquel entonces encontró sus motivos suficientes en el hecho de que una era la función política o de gobierno ejercida por el ejecutivo, y otra era la función administrativa también ejercida por el ejecutivo en donde se encuadraban los actos administrativos, razón suficiente para afirmar que la mayor y quizá la única diferencia sustancial entre estos actos, era el hecho de que si bien los actos administrativos y los actos políticos tenían y gozaban de los mismos elementos, estos segundos no estaban sujetos a contralor jurisdiccional alguno, cuya justificación inicial descansaba en el simple hecho de tener o gozar de un carácter singular. En tal virtud, no incumbía a tribunal alguno hacer consideraciones necesarias o ponderadas acerca de conceptos tales como: peligro para el bien público, peligro para la economía nacional, las relaciones internacionales, etc.

La consideración entonces que por algún tiempo caracterizaría a los actos políticos o de gobierno era la del fin buscado por la autoridad, sin que medie responsabilidad alguna, dado que la fuerza propia de estos actos encontraba su fundamento en la autoridad de la que estaba investido su soberano, es decir, el ejecutivo. A esta teoría se la conocería como la teoría del móvil político.¹⁵

Esta teoría –la del móvil político- es sin duda peligrosa por decir lo menos, pues en virtud de su fundamento, todo acto administrativo que hubiere sido dictado con un móvil eminentemente político incluso por capricho de la autoridad, podría ser caracterizado como un acto político y por lo mismo, no susceptible de revisión o control alguno.

Manuel María Díez manifiesta:

¹⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Editorial Civitas, 8va edición, 1997, p. 565.

¹⁵ Manuel María Díez, op. cit., p. 413.

En ese entonces el criterio que predominó para caracterizar el acto de gobierno era el del fin que se proponía su autor. El acto que tenía por fin defender la sociedad, considerada en ella misma o personificada en el gobierno, contra sus enemigos exteriores o interiores, declarados u ocultos, presentes o futuros, era un acto de gobierno. El jefe de Estado, en la esfera de esas medidas supremas, no tiene ningún contralor que sufrir ni reparación que acordar. Su fuerza estriba en la autoridad de la que está investido como soberano. El se basa a sí mismo y su freno está en la autoridad gubernamental. Los ciudadanos no tienen otra protección que la que pueda surgir de las garantías constitucionales. Era la teoría del móvil político [...].¹⁶

Superada la teoría del móvil político se trató de caracterizar el acto político y de separarlo en forma precisa de los denominados actos administrativos, en tal virtud, un acto sería siempre administrativo o siempre político y nunca podría un acto administrativo convertirse en un acto político o de gobierno.¹⁷

Se trata de toda una construcción teórica con la supuesta finalidad de dar mayor seguridad jurídica a los administrados argumentándose, además, que no son los motivos de la decisión de un determinado funcionario los que imponen a un acto el carácter de esencial, sino que este carácter resulta más bien de la naturaleza misma del acto. Al final, esta teoría sería también criticada con el argumento que no daba lugar a una construcción jurisprudencial que pudiera durar por largo tiempo.

Posteriormente, se avanzó hacia una enumeración taxativa de los actos políticos o de gobierno, erigiéndose como tales aquellos que el Consejo de Estado así lo establecía.

¹⁶ Manuel María Díez, op. cit., p. 413.

¹⁷ Manuel María Díez, op. cit., p. 414.

Una salida que terminaría se decía, con aquella discrecionalidad judicial considerada peligrosa para muchos.

Los actos considerados políticos o de gobierno eran entonces los siguientes: los actos del ejecutivo en sus relaciones con el parlamento; las declaraciones de estado de sitio; los actos diplomáticos y relaciones internacionales; y, la interpretación de los tratados entre otros. Esta enumeración ha ido reduciéndose paulatinamente, al punto que la jurisprudencia francesa ha considerado actos políticos y de gobierno fundamentalmente a dos clases: los primeros relativos a las relaciones del ejecutivo con el parlamento, y los segundos relativos a las relaciones internacionales.¹⁸

1.2.2. Actos políticos relativos a las relaciones ejecutivo-legislativas.

Gustavo Penagos indica que el Consejo de Estado de Francia ha rehusado sistemáticamente a conocer de los siguientes actos:

a) Las decisiones tomadas por el Ejecutivo en ejercicio de su participación en la esfera legislativa, como por ejemplo la decisión de entregar o retirar un determinado proyecto de ley en la legislatura.

b) El caso de los decretos ejecutivos sometiendo un proyecto de ley a referéndum.

Para nuestro ordenamiento jurídico en concreto, el caso supuesto el literal b) es inexistente, puesto que no hay posibilidad de que el Presidente de la República vía decreto ejecutivo, someta en estricto sentido un “proyecto de ley” a referéndum. Lo que sí existe, es la posibilidad de que el mismo Presidente disponga al Consejo Nacional Electoral se convoque a una consulta popular sobre asuntos que estime convenientes, tal como consta en el artículo 104 inciso segundo de la propia carta suprema.

¹⁸ Gustavo Penagos, op. cit., p. 60.

1.2.3. Actos políticos relativos a las relaciones internacionales.

Penagos se refiere fundamentalmente a los siguientes:

a) Aquellos que tienen que ver con la relaciones entre el gobierno con otros Estados u organismos internacionales, como por ejemplo, la elaboración, firma, ratificación e interpretación de los tratados y acuerdos internacionales.

b) Las operaciones militares y hechos de guerra han sido considerados actos políticos, aunque la propia jurisprudencia francesa poco a poco ha ido abandonando esta teoría.

En la actualidad la teoría de que los actos de gobierno son el producto de una manifestación del Estado distinta de la función administrativa, atraviesa una etapa de crisis o como lo sostienen Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández "...la doctrina del acto político, según lo expuesto, es hoy inútil; en su acepción histórica genuina, está hoy superada y aun contradicha por la Constitución...".¹⁹

Dentro del paradigma del Estado de derecho, principios como el de la separación de poderes, el principio de legalidad, y otros propios del estado constitucional como el de la supremacía constitucional, la soberanía popular y los derechos humanos, son los indicadores claros de que no existe en la actualidad autoridad con *super* poderes que se encuentre por sobre los mandatos constitucionales, y están obligados en consecuencia, a respetar los derechos fundamentales y las garantías básicas.

Toda la teoría de la separación de poderes creada con la finalidad de evitar se concentre la función de la autoridad en un solo órgano del poder público, constituye el

¹⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, op. cit., p. 569.

fundamento del nuevo orden social y el valor mismo de las fuentes jerárquicas del derecho, que se enmarcan en un sistema normativo.²⁰

Duguit, autor citado por el doctor Penagos afirma:

Una vez constituido el poder político, se sabe, de acuerdo con la noción más elemental del derecho, que las órdenes del poder no son legítimas más que en el caso de ser conformes a derecho, y que el empleo de la coacción material por parte del poder no es legítimo más que si está destinado a asegurar la sanción del derecho. Nadie tiene derecho a mandar a los otros: ni un emperador, ni un rey, ni un parlamento, ni una mayoría popular pueden imponer su voluntad como tal; **sus actos no pueden imponerse a los gobernados más que en el caso de estar conformes con el derecho.** De ahí el problema, a menudo discutido, de saber cuál es el fin del estado, o mas exactamente, del poder político. **Se resuelve de la manera siguiente: el poder político tiene por fin realizar el derecho; está obligado por este derecho a hacer cuanto pueda por asegurar el reino del derecho. El estado se funda en la fuerza; pero esta fuerza no es legítima más que cuando se ejerce conforme al derecho [...].**²¹ (Lo resaltado se encuentra fuera del texto).

Si el principio de legalidad propio del Estado legislativo de derecho como garantía de certeza y de libertad frente a la arbitrariedad constituye un primer cambio de paradigma en relación a la teoría iusnaturalista del derecho premoderno, la teoría constitucional o mejor aún neoconstitucional, es el nuevo paradigma al que se enfrentan los estados democráticos hoy en día.

²⁰ Gustavo Penagos, op. cit., p. 37.

²¹ Gustavo Penagos, op. cit., p. 34.

Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadoras del poder público y de las leyes, fuente, límite y vínculo del poder y los derechos fundamentales en general, son la característica fundamental de los nuevos ordenamientos jurídicos.

Es en base de este análisis que el autor Luigi Ferrajoli construiría su propia idea de la democracia constitucional que se funda en un orden democrático, y que sirve de garantía a todos por igual, en suma, unos derechos fundamentales establecidos por las propias constituciones como los límites y vínculos necesarios del poder público.

Tal como lo veníamos diciendo, cualquier poder por democrático que sea, en el paradigma del derecho constitucional o mejor dicho de la democracia constitucional, no es ilimitado, pues no existe poder o autoridad con facultades discrecionales absolutas ya que los límites están marcados por los derechos fundamentales.

El mismo Ferrajoli sostendría lo siguiente:

[...]Las Constituciones, en mi opinión, no son pactos suscritos o compartidos por la totalidad del pueblo como expresiones de una supuesta unidad o voluntad, que es en el mejor de los casos una tesis ideológica y en el peor de los casos una afirmación antiliberal; son más bien pactos de no agresión y de solidaridad tanto más necesarios cuanto más política y culturalmente diversos y virtualmente en conflicto sean los sujetos cuya pacífica convivencia se pretende garantizar [...].²²

Frente a aquella posición constitucional y jurídica de que las decisiones de autoridad deben fundarse en un marco jurídico preexistente capaz de no sobrepasar esa línea que constituyen los derechos fundamentales, existen también aquellos actos arbitrarios, ilegales

²² Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Un debate sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta S.A., 2006, p. 110.

e ilegítimos de autoridad que escudados en una errada percepción de la legitimidad propia de los actos de la administración, fundan sus decisiones consideradas por ellos “legítimas” en verdaderas arbitrariedades y violaciones constitucionales, pretendiendo quedar ausentes o al margen del control propio de un gobierno responsable, democrático y sobre todo constitucional.

1.2.4. *Derechos fundamentales y los actos políticos o de gobierno.*

Los derechos fundamentales son por definición los derechos humanos constitucionalizados, sobre una base del principio de soberanía popular; son por lo tanto al mismo tiempo expresión de la naturaleza humana y de la técnica del hombre, esto es, naturales y artificiales.²³

Los derechos fundamentales por su sola concepción, merecen un reconocimiento y protección del Estado. Aunque en un principio los derechos fundamentales se los concebía como concesiones de la autoridad, en la actualidad no son más que el corolario de una bien concebida soberanía popular pues tal como lo dice Enrique Pérez Luño “...la ley no solo implica un deber, sino también un derecho para el individuo. Se cumplía así el axioma a tenor del cual el hombre sólo puede ser libre en un Estado libre, y el Estado sólo es libre cuando se edifica sobre un conjunto de hombres libres...”²⁴

El término *derechos fundamentales* es un término reciente para un problema antiguo ya que los derechos han existido en el Estado constitucional mucho antes de ser derechos fundamentales y es que las propias Declaraciones (1776 y 1789), constituyen los

²³ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 8va edición., 2002, pp. 264-265.

²⁴ Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 6ta edición, 1999, p. 213.

documentos preconstitucionales a través de los cuales se reconocen y se declaran los derechos.

Estos derechos son naturales indudablemente porque los hombres son iguales y libres por naturaleza, y el Estado, “ente artificial”, es el precio que los individuos tienen que pagar para poder disfrutar de aquellos derechos; obviamente que este precio que implica un tránsito del estado de naturaleza a un estado de derecho tiene que ser beneficioso para los individuos, caso contrario éstos no cederían nada a favor de un ente artificial denominado Estado.

En definitiva, toda la doctrina y sustento teórico de los derechos fundamentales nos indica que ellos están siempre por sobre cualquier consideración de orden político o razón de Estado. Una interpretación que se infiere del propio texto constitucional, pues la primera obligación de este ente artificial llamado Estado es respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley, y por ende, los derechos y principios ahí reconocidos (artículo 11 numeral 9 de la Constitución).

El ejercicio del poder político, (los actos políticos ejecutados por parte del ejecutivo), deben guardar una relación de respeto hacia los derechos fundamentales para el cumplimiento único de su obligación constitucional que es conservar el orden público en su doble aspecto: político y económico; pero ello de ninguna manera le autoriza para lesionar derechos que le son indisponibles no solo para él, sino para todos los poderes públicos en general²⁵, de lo contrario, el derecho constitucional no sería más que un conjunto formal de procedimientos desprovistos de contenido material.

²⁵ Gustavo Penagos, op. cit., p. 51.

Gustavo Penagos en su estudio de los “actos políticos”, ha derivado algunos principios que debemos considerar, que tienen su origen en la propia Corte Suprema de Justicia colombiana en su elaborada jurisprudencia, a saber:

- a) La existencia de normas que son intocables por el jefe del Estado, aun en ejercicio de poderes políticos (como por ejemplo, establecer nuevos impuestos en Estado de sitio, o emergencia económica);
- b) La validez de las normas dictadas por el Gobierno en ejercicio de una potestad política, cuando tengan conexión únicamente con el reestablecimiento del orden público, económico, o político.²⁶

El reconocimiento constitucional de unos derechos fundamentales, así como la existencia de decisiones subjetivas, arbitrarias e ilegales entre las que se pueden encasillar los denominados actos políticos o de gobierno, han llevado al constituyente a establecer garantías extraordinarias de defensa de los derechos dada su jerarquía e importancia en el orden jurídico.

Frente a esta posición constitucional de defensa de los derechos, han subsistido restricciones obsoletas y anacrónicas como aquellas resoluciones de la ex Corte Suprema de Justicia en torno a la acción de amparo, que en lugar de garantizar y regular efectivamente el ejercicio de los derechos constitucionales, han incluido como óbices del control de constitucionalidad, a los actos políticos o de gobierno y que como se dejó anotado anteriormente, es una categoría de actos que ha sido superada en la actualidad.

El amparo constitucional o acción de protección como garantía extraordinaria de tutela de los derechos fundamentales en el orden jurídico -lo cual no implica subsidiariedad por cuanto no se requiere el agotamiento o la interposición de otros recursos o acciones

²⁶ Gustavo Penagos, op. cit., p. 49.

como requisitos previo a su interposición-, obviamente necesita ser regulada pero no restringida, en aras de salvaguardar efectivamente los derechos constitucionales.

La Ex Corte Suprema de Justicia mediante sendas resoluciones, publicada la primera en el Registro Oficial Nro. 378 de 27 de julio de 2001, y la segunda en el Registro Oficial Nro. 559 de 19 de abril de 2002, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 de la antigua Ley Orgánica de la Función Judicial, argumentando precisar el genuino sentido de las normas jurídicas en caso de duda u oscuridad de las leyes, pretendiendo unificar la interpretación y asegurar una correcta aplicación de la Ley de Control Constitucional, en su artículo 2 literal b) determinó lo siguiente: “... Art. 2. Particularmente la acción de amparo no procede y se la rechazará cuando se la interponga respecto de:...b) Los actos de gobierno, es decir de aquellos que implican ejercicio directo de una atribución constitucional, dictados en el ejercicio de una actividad indelegable...”.²⁷

Si bien entre las facultades de la anterior Corte Suprema de Justicia se incluye el dictar normas interpretativas de la *ley* con el carácter de general y obligatorio, el problema surgió cuando en uso de esa facultad interpretativa, se dictó la resolución ante dicha con evidentes vicios de restricción inconstitucional de los derechos, además de incluir, algunos puntos de derecho no previstos en la ley de Control Constitucional (norma a la cual la Corte Suprema ejerció su facultad interpretativa) sino en la Constitución misma, al excluir por ejemplo del control de constitucionalidad vía amparo, a los actos políticos o de gobierno, sin tener en consideración que la propia Constitución vigente a esa fecha, la de 1998, era amplia en materia de amparo y posibilitaba la impugnación vía amparo constitucional de todos aquellos actos u omisiones ilegítimas de autoridad pública sin restricción alguna.

²⁷ Resolución de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo constitucional publicada en el Registro Oficial Nro. 378 de 27 de julio de 2001.

Rafael Oyarte sostiene lo siguiente:

[...]Si el acto tiene efecto o alcance general, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, no hay mayor dificultad: se encuentra excluido del ámbito de competencia de la acción de amparo. Pero si se excluye este tipo de actos en razón de su contenido, caeríamos nuevamente en un asunto superado hace mucho por el Derecho comparado: el de los actos políticos. Sin hacer mención a la historia de los actos políticos, salvo que fueron en último término señalados por el Consejo de Estado Francés para excluirlos de todo control sin otro fundamento más que el que pueda otorgar la mera arbitrariedad. La doctrina contemporánea de Derecho Administrativo acepta, de modo general, que los actos políticos no son más que actos administrativos [...].²⁸

Estas resoluciones de la ex Corte Suprema de Justicia expuestas líneas atrás, jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como reglamentos emitidos por el propio Tribunal Constitucional (Reglamento de Trámite de Expediente del T.C.), son sin duda, y anticipándonos a nuestra conclusión final, restricciones a la acción de protección, *-si por restricción entendemos limitación inconstitucional al ejercicio pleno de los derechos fundamentales-* en el campo de tan generosa garantía constitucional de los derechos frente a los abusos y arbitrariedades de los poderes públicos.

Finalmente, en nuestra legislación, según el literal c) del artículo 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no corresponde a dicha jurisdicción: “...las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como aquellas

²⁸ Rafael Oyarte Martínez, op. cit., p. 161.

que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y a la organización de la Fuerza Pública...”.²⁹

Al respecto el doctor Juan Carlos Benalcázar expone:

La disposición transcrita –se refiere al Art. 6 de la LJCA- es idéntica a la que se contiene en el literal b) del artículo 2 de la Ley española de 1956, incluso en detalles aparentemente intrascendentes, como el de escribir “Gobierno” con mayúscula. En la exposición de motivos de la ley española se resalta que los actos políticos “...no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales. Al respecto, es preciso tener presente que en el ordenamiento jurídico español, a diferencia de lo que sucede en nuestro país, se distingue Gobierno de Administración, de tal forma que existe una definición constitucional de sus atribuciones y cometidos, y un régimen jurídico determinado para cada esfera orgánica [...] la verdad es que el concepto de “acto político” o “cuestión política” no es patrimonio del derecho español, dejando aparte el problema de que en Ecuador no se distingue Gobierno de Administración [...].³⁰

La teoría de los denominados “actos políticos” o “cuestiones políticas” constituye una noción en franco retroceso, limitada a muy pocos casos en la jurisprudencia internacional en virtud de una razón fundamental: toda autoridad se encuentra sometida al derecho, proscribiéndose cualquier tipo de arbitrariedad, y si bien, en algunos casos, estos

²⁹ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

³⁰ Juan Carlos Benalcázar, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, Fundación Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007, p. 164.

actos pueden escapar al control de legalidad propio de la jurisdicción contencioso administrativa, siempre queda la posibilidad de poder impugnarlos vía garantías constitucionales.³¹

1.3. Análisis de la nueva Constitución en torno a la acción de protección y los actos materia de impugnación.

Concientes de que un análisis más detallado de la acción de protección y los actos susceptibles de impugnación, involucra necesariamente un estudio de los requisitos de procedibilidad, así como de los sujetos procesales activo y pasivo, aun cuando en materia de amparo no se trate propiamente de un juicio en donde haya un legítimo contradictor, sino una autoridad que sostiene la legitimidad de sus actos, nuestro estudio se enfocará de manera directa, a los actos que pueden ser impugnados vía acción de protección en el texto de la nueva Constitución.

El artículo 95 de la Constitución de 1998 determinaba:

Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias **de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública** [...] que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubiere

³¹ Juan Carlos Benalcázar, op. cit., pp. 167-168.

sido realizados por personas que prestan un servicio público o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública [...] También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso [...].³² (Las negritas me pertenecen).

De la norma constitucional transcrita podemos colegir que la acción de amparo constitucional tal como constaba en el texto constitucional del 98, mantenía como actos susceptibles de impugnación los siguientes:

- 1) un acto u omisión ilegítima de autoridad pública,
- 2) un acto u omisión realizado por personas que prestan un servicios público o actúan por delegación o concesión de una autoridad pública, y;
- 3) actos de particulares, cuando su conducta afecta grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

El artículo 88 de la nueva Constitución referente a la acción de protección determina:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, **por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial**; contra políticas públicas cuando suponga la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa

³² Constitución Política de la República del Ecuador 1998.

por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en situación subordinación, indefensión o discriminación.³³ (Las negritas me pertenecen).

La procedencia de la acción de protección en la nueva Constitución está referida entonces a:

- 1) actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial,
- 2) contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y,
- 3) cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en situación subordinación, indefensión o discriminación.

Ramiro Ávila con acierto ha indicado lo siguiente:

[...] en el amparo, se presenta la acción por las consecuencias de un acto u omisión de “una autoridad pública” y contra particulares cuando se afecte gravemente un interés colectivo, comunitario o difuso. En suma, la responsabilidad es vertical-pública. Cuando se trata de relaciones horizontales, entre iguales, opera el derecho ordinario. En la Constitución del 2008, en cambio, encontramos lo que podríamos llamar responsabilidad vertical pública o privada. No me atrevo a decir que la acción de protección procede por cuestiones relacionadas con responsabilidad horizontal. En realidad, la acción de protección no procede cuando las personas privadas están en condición de igualdad, por ejemplo cuando hay incumplimiento de contratos. La acción procede contra particulares cuando

³³ Constitución Política aprobada en referéndum del 28 de septiembre de 2008.

están en relación de poder, uno puede discriminar o está en situación de subordinación o indefensión.³⁴

a) Actos u omisiones de autoridad pública.

Para comenzar recordemos que la Constitución del 98 habla de actos u omisiones ilegítimos de autoridad pública, en tanto que en la nueva Constitución del 2008 se habla más bien de actos u omisiones de autoridad pública *no judicial*.

El concepto *acto de autoridad pública* sin duda es mucho más amplio que el de acto administrativo.

Actos de autoridad pública son entonces, aquellos provenientes de los diferentes órganos e instituciones que conforman el Estado es decir, los contemplados en el artículo 225 de la Constitución en vigencia, anterior artículo 118 de la Constitución de 1998.

En la obra *Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional* publicado por la Corporación de Estudios y Publicaciones Tomo II en el año de 1999 se dice:

El legislador constituyente dispuso tal norma para poder englobar a la mayor cantidad de actos de la Administración Pública, con el fin de democratizar el ejercicio de la acción de amparo y, aunque el concepto de acto administrativo no se contrapone a este propósito, se pensó tal vez que podría pensarse que los actos administrativos son exclusivos de la Función Ejecutiva, cuando la doctrina moderna ha concluido que ésta no es la única que administra y, por tanto, no es quien tiene el monopolio de la emisión de los actos administrativos.³⁵

³⁴ Ramiro Ávila, “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos” en *Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Serie justicia y derechos humanos, 1era edición, 2008, p. 99.

³⁵ *Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional -Acción de Amparo-*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones tomo II, 1era edición, 2004, pp. XII-XIII.

Vale destacar que tanto en la Constitución del 98 cuanto en la nueva Constitución, el concepto de *autoridad pública* se mantiene inalterable.

Bajo el criterio del Tribunal Constitucional –órgano supremo de control constitucional en la Constitución de 1998- podemos definir al acto de autoridad pública de la siguiente manera: “...el acto de autoridad es la manifestación de voluntad del órgano competente a través del cual se ejerce el poder del Estado, descentralizado en la especie con la finalidad de ocasionar efectos jurídicos en relación de subordinación frente a los gobernados o administrados...”.³⁶

Juan Carlos Benalcázar anota:

[...]La perspectiva que se plantea tiene ya una experiencia válida en el amparo constitucional ecuatoriano, que lejos de ser un proceso impugnatorio de actos administrativos, tiene por fines claramente delineados la defensa de los derechos constitucionales frente a un “acto u omisión ilegítimos” de “una autoridad pública”, que viole o pueda violar dichos derechos, como el derecho a la tutela judicial efectiva, no es sino una muestra del actual crisis del proceso contencioso administrativo ecuatoriano, que debería cumplir la misma misión del amparo en materias que impliquen estrictamente legalidad, sin dejar sectores inmunes al control jurisdiccional[...].³⁷

El criterio adoptado en la norma constitucional del 2008 es mucho más claro en materia de acción de protección: primero, al permitir su impugnación a todos los actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, sin que se pueda derivar una

³⁶Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional, Acción de Amparo, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, tomo II, 1era edición, 2004, p. XIII.

³⁷ Juan Carlos Benalcázar, op. cit., p. 73.

interpretación que restrinja su procedibilidad solamente a los actos administrativos de la función ejecutiva; y segundo, eliminando la característica de la ilegitimidad vigente hasta la carta Constitucional de 1998.

La ilegitimidad debe ser mirada desde una visión más integradora, es decir desde un contexto de lo justo, de lo ético, desde un sentido colectivo, pues lo ilegítimo, contraría el sentido de la justicia, de la equidad³⁸. Así, es lógico pensar que la nueva Constitución camina por este sendero, terminando con aquellas posiciones restrictivas de considerar ilegítimo solamente a aquellos actos en los cuales ha intervenido una autoridad que no es competente, cuando no se la ha expedido con las solemnidades sustanciales, o cuando dicho actuar no se encuentra suficientemente motivado o razonado³⁹ y que si bien es amplia, pues no se limita al análisis de competencia, sino de objeto, forma y contenido, existen consideraciones acertadas de ilegitimidad mas allá de estas categorías, como por ejemplo, las que tienen que ver con la equidad, con la ética, la justicia, etc.

El amparo constitucional y la inconstitucionalidad de los actos administrativos en la práctica ecuatoriana han permitido concebir a los procesos constitucionales como una suerte de “procesos contenciosos administrativos especiales” dada la indebida comprensión del ámbito material aplicable a cada institución jurídica, desembocando en el abuso de las garantías constitucionales.⁴⁰

El doctor Benalcázar resalta que:

[...] La diferencia entre asuntos de legalidad y asuntos de constitucionalidad puede resultar muy simple de definir: resulta de la apreciación jurídica de la fuente de Derecho

³⁸ Berenice Pólit Montes de Oca, *El amparo constitucional su aplicación y límites*, Quito, Corporación Editora Nacional, volumen 19, 2002, p. 71.

³⁹ Ref. resoluciones de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo constitucional.

⁴⁰ Juan Carlos Benalcázar, op. cit., p. 98.

que directa e inmediatamente es aplicable al caso y que debe regularlo, además de la jerarquía normativa que tiene el precepto dentro del ordenamiento jurídico. En los procesos contenciosos administrativos se juzga el asunto principalmente según las disposiciones de las normas *infra* constitucionales –legales o reglamentarias- que fueren aplicables al caso, mientras que en los procesos constitucionales la pauta principal de juzgamiento son las normas constitucionales [...].⁴¹

Es necesario tener presente además, qué una cosa es el análisis de legalidad dentro del cual necesariamente se haya implícito el tema de la legitimidad ya que lo ilegal es siempre ilegítimo, y otro muy distinto, es el de la constitucionalidad, en donde no necesariamente aparece el tema de la ilegalidad y en consecuencia el de la ilegitimidad.

b) Cuando la violación proceda de una persona particular; si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en situación de subordinación, indefensión o discriminación.

La nueva Constitución recoge también estos enunciados previstos ya de alguna manera en la Constitución de 1998, cuando posibilita la impugnación vía acción de protección en contra de particulares cuando concurran cualesquiera de las siguientes circunstancias: *1) si la violación del derecho provoca daño grave; 2) si presta servicios públicos impropios; 3) si actúa por delegación o concesión; 4) si la persona afectada se encuentra en situación subordinación, indefensión o discriminación.*

⁴¹ Juan Carlos Benalcázar, op. cit., p. 99.

1) En lo que respecta al daño grave, la Constitución de 1998 contemplaba ya como requisito de procedibilidad del amparo constitucional la gravedad del daño. Ahora la exigencia de la gravedad se presenta solamente cuando el acto materia de impugnación proviene de un particular, y ya no como un requisito de procedibilidad de la acción.

Esta gravedad del daño nos parece imprecisa dada la subjetividad que representa, pues hasta el momento ni siquiera el anterior Tribunal Constitucional supo determinar de manera categórica cuándo existe un daño grave, más aún si consideramos que la mera vulneración de un derecho fundamental de por sí implica un daño.

Un daño grave se produce cuando los efectos del acto emanado de autoridad son cuantiosos, gravosos, grandes o casi permanentes descartando de esta manera aquellas meras expectativas del daño o cuestiones propias de legalidad no inherentes a la justicia constitucional sino más bien a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Cuando el doctor Rafael Oyarte cuando se refiere a una de las resoluciones del Tribunal Constitucional en torno al daño grave, manifiesta: "...la gravedad para efectos del amparo debe tener como fuente la violación de derechos fundamentales y no la simple vulneración de la legalidad...".⁴²

2) La Constitución de 1998 posibilitaba la interposición de la acción de amparo si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que prestan servicios públicos.

El nuevo texto constitucional es más preciso al respecto, cuando posibilita la interposición de la acción de protección frente a violaciones provenientes de un particular que preste servicios públicos impropios.

A diferencia de los servicios públicos prestados a través de los procesos de concesión o delegación (denominados servicios públicos propios indirectos), y que también

⁴² Rafael Oyarte Martínez, op. cit., p.126.

son susceptibles de impugnación vía acción de protección, existen necesidades colectivas que son satisfechas por los particulares, cuyas prestaciones constituyen verdaderos servicios.

La diferencia radica en que para el caso de los servicios públicos propios el Estado es quien los presta directamente o indirectamente por medio de los concesionarios o delegatarios; y en los en los servicios públicos impropios el Estado tan sólo los reglamenta.

Procede en estos supuestos la acción de protección destinada a tutelar derechos sociales o “del buen vivir” como la salud, la educación, la vivienda, la seguridad social, etc. (servicios prestados en muchos de los caso bajo la denominación de servicios públicos impropios).

Vale la pena recalcar que para estos casos, el amparo o acción de protección debe referirse a actos u omisiones relacionadas directamente con la prestación del servicio público impropio

3) En lo referente a la actuación de los particulares que actúan por delegación o concesión, la norma constitucional del 2008 se mantiene inalterable como en la Constitución de 1998.

Bajo la teoría de que la administración pública no gestiona por sí misma todos los servicios públicos de que es titular, se recurrió a la técnica de la concesión y la delegación en virtud de la cual se entrega a manos privadas la gestión de un determinado servicio público, conservando el Estado la titularidad última del servicio.

Como nos dicen Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández:

[...]El ejercicio por el concesionario de las potestades de la policía delegadas se traduce en actos (imposición de multas, por ejemplo, al usuario que infringe los

reglamentos del servicio) cuya virtud y eficacia es la misma que si hubieran sido dictadas por la Administración delegante. Se trata, pues, de verdaderos actos administrativos, en la medida en que el concesionario actúa en lugar de la Administración Pública como delegado suyo [...].⁴³

El acto de un concesionario o delegatario de una autoridad pública es violatorio de derechos fundamentales, cuando excede de las atribuciones concedidas o delegadas, toda vez que el concesionario o el delegatario ejercen potestad administrativa a la hora de practicar las facultades concedidas o delegadas por el Estado.

4) Para el caso de la persona afectada cuando se encuentra en situación de subordinación, indefensión o discriminación, la norma constitucional no es clara al respecto, quedando en consecuencia una ley secundaria encargada de regular tal situación, sin que se produzca restricción o limitación del derecho constitucional; caso contrario se vulneraría la propia supremacía constitucional postergándola como cuerpo normativo de aplicación directa y eficaz frente a cualquier acto u omisión violatoria de los derechos constitucionales.

En lo referente a la discriminación podemos determinar que acorde a la norma constitucional que garantiza la igualdad ante la ley –una igualdad no solamente formal sino material que permita tratamientos diferenciados justificados a través del test de razonabilidad, pues no todo trato idéntico es siempre equitativo (igualitario-justo), ni todo trato diferente es siempre discriminatorio⁴⁴-, no se podrá establecer tratos discriminatorios

⁴³ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, op. cit., p. 40.

⁴⁴ Judith Salgado Álvarez, “El reto de tomarnos en serio el Estado Social de Derecho” en *Revista de derecho FORO Nro. 7*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2007, p. 22, nos indica que el teste de razonabilidad consiste en la aplicación de los siguientes elementos: i) la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato diferente, ii) la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución; iii) la razonabilidad del trato diferente y la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

en razón del sexo, condición social o económica, edad, religión, filiación política, etc., de lo contrario, cabría la interposición de esta acción de protección en contra de particulares siempre que se vulneren derechos constitucionales y se conjugue alguna de las situaciones discriminación descritas con anterioridad.

c) Contra políticas públicas cuando suponga la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales.

Podemos decir que las políticas públicas son las acciones de gobierno, es el gobierno en acción, que busca cómo dar respuestas a las diversas demandas de la sociedad. Se las puede entender también como uso estratégico de recursos para aliviar los problemas nacionales.⁴⁵ Es el “conjunto de actividades de las instituciones de gobierno, actuando directamente o a través de agentes, y que van dirigidas a tener una influencia determinada sobre la vida de los ciudadanos...”.⁴⁶

Con el crecimiento del Estado y de las tareas que éste poco a poco va asumiendo como suyas, se pasa del Estado gendarme o Estado liberal, donde sus atribuciones básicas eran las de policía y de defensa, al Estado actual donde sus funciones son de mayor envergadura. Surgen en consecuencia nuevas demandas y necesidades que el Estado necesita hacer frente en aras de asegurar un equilibrio de las relaciones sociales de los que más poseen en perjuicio y protección de los que menos poseen con lo cual, comienza el mismo a captar grandes cantidades de dinero (en su mayoría originado de los impuestos), por parte de los ciudadanos, y los regresa a ellos en forma de programas y servicios que van en beneficio de estos. Es así como a través de estos programas y servicios sociales surgen las políticas públicas.

⁴⁵ <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/021104144006.html> (visita realizada el 9 de diciembre de 2008).

⁴⁶ *Ibídem*.

La adopción de una determinada política supone además una multiplicidad de actuaciones que se desarrollan de acuerdo con un marco de referencia preestablecido.

En conclusión, todo el análisis de las políticas públicas tienen un fin concreto: plasmar la concreción de un determinado plan de gobierno de una determinada tendencia, se supone en beneficio del interés general, teniendo un marco referencial preestablecido, un marco constitucional de los derechos como límite.

Pero ¿qué sucedería si por ejemplo, a pretexto de una declaratoria de emergencia nacional, o sea un “acto político o de gobierno” (en definitiva una política pública), se violan derechos fundamentales?, ¿hasta dónde pueden llegar estas políticas públicas y cual es el papel de la justicia constitucional?, ¿cuáles son los límites constitucionales de estos actos políticos?

Existen circunstancias particulares en donde la adopción de una determinada política pública ejecutada a través de actos políticos o de gobierno y su relación con los derechos fundamentales se vuelve más compleja.

Esta posible tensión -políticas públicas versus derechos fundamentales-, se las puede identificar claramente en dos circunstancias particulares que las podemos destacar: i) los estados de emergencia decretados por el ejecutivo; y, ii) las relaciones internacionales.

i) Estados de emergencia, política pública y derechos fundamentales.-

Supongamos que un determinado gobierno echa mano de un estado de emergencia o estado de excepción (artículo 164 de la Constitución); figura constitucional pero, como decisión política, viola derechos fundamentales. El análisis es el siguiente:

Consideramos en primer lugar que el gobierno en estricto sentido, “el jefe de Estado” y sus decisiones, siempre están sometidas a un régimen de derecho vigente en el

cual existen normas jurídicas esenciales de orden público –normas de rango constitucional- o imperativos categóricos para usar una expresión de Carlos Gaviria cuando cita a Kant⁴⁷, que bajo ninguna circunstancia, aun en un estado de emergencia o excepción pueden suspenderse. Pero también pueden estar inmersas en esta relación, normas jurídicas no esenciales llamadas también instrumentales, que sí pueden en determinado momento llegar a suspenderse o limitarse siempre que las medidas que se adopten como políticas públicas a través de actos políticos, sirvan para reestablecer el orden jurídico perturbado o en trance.

Estos imperativos categóricos son indisponibles para todos los poderes públicos, aun para el ejecutivo, y bajo ninguna circunstancia o justificación, ni aun en estado de emergencia, podrían limitarse, peor aún suspenderse alegando un acto político o de gobierno de por medio, como por ejemplo, principios constitucionales como la prohibición de la detención por deudas, el hecho de que nadie podría ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes, la prohibición de la pena de muerte, prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes, principios como el *non bis in idem*, etc.

En el otro extremo, claramente podemos encontrar como normas susceptibles de limitación o suspensión, el derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, previstos en el artículo 165 numeral 1 de la Constitución. Nótese entonces que el ámbito de limitación de los derechos es específico, taxativo, enumerativo, no abierto a consideraciones personales sin que pueda extenderse esta limitación más allá de aquellos derechos constitucionales.

⁴⁷ Carlos Gaviria, “El Estado Social de Derecho y la presión política por el cambio” en *Revista de Derecho Foro Nro 7, Los Temas de la Constituyente*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2007, p. 13.

Esta suspensión en el ejercicio de determinados derechos se justifica única y exclusivamente en un régimen de excepción, cuando el fin buscado representa una satisfacción mayor al derecho sacrificado.

Normalmente en los estados de emergencia o también llamados estados de excepción decretados por el ejecutivo, el fin buscado se supone es el reestablecer un orden jurídico trastocado.

A pesar de que las declaratorias de emergencia, constituyen verdaderos actos político o de gobierno, son susceptibles de ser controlados constitucionalmente en tanto afecten y restrinjan la vigencia de los derechos fundamentales.

El control al que hemos hecho mención en la nueva Constitución le está atribuido de manera directa a la Corte Constitucional, organismo que deberá efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de los estados de excepción, (artículo 436 numeral 1 de la Constitución); aun cuando dicho control se restringe al control de los decretos que declaran el estado de excepción y no a los que se dictan con fundamento en esta declaratoria⁴⁸; sin embargo, la acción de protección puede resultar un mecanismo interesante de defensa de los derechos constitucionales cuando estos sufran una limitación o restricción inconstitucional.

Se prevé además en nuestro texto constitucional otra forma de control, en este caso institucional, tal como lo contempla el mandato contenido en el artículo 166 numeral 1 de la Constitución, que faculta a la Asamblea Nacional a revocar el decreto en cualquier tiempo si las circunstancias lo justifican y sin perjuicio del análisis constitucional que al respecto pueda realizar la Corte Constitucional.

⁴⁸ Claudia Escobar García, “Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?” en *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de justicia y Derechos Humanos, 1era edición, 2008, p. 330.

No debemos olvidar que las acciones constitucionales, así como las facultades de la Corte Constitucional en la nueva Constitución, y las propias garantías jurisdiccionales de defensa de los derechos como la acción de protección, coinciden en el fin último de su creación, que es la vigencia suprema de la Constitución y de los mandatos en ella contenidos.

El doctor Julio César Trujillo refiriéndose a las garantías constitucionales nos dice: “...Estos mecanismos, cuya finalidad específica es la tutela de los derechos de la persona, reciben el nombre genérico de garantías, se revisten de características especiales, pero no dejan de ser, al mismo tiempo, mecanismo de protección de la supremacía de la Constitución, ya que la violación de los derechos en ella garantizados entraña violación de la Constitución...”.⁴⁹

Si como lo enunciáramos en un inicio, el poder político está limitado por el derecho y por ende, la fuerza de los actos políticos deriva de su adecuación al derecho, no existe fundamento racional que impida un control de constitucionalidad sobre dichos actos.

ii) Los tratados internacionales, actos políticos y derechos fundamentales.

En primer lugar debemos manifestar que un tratado de derecho internacional público es la manifestación de una voluntad concordante, con fines jurídicos, celebrado entre dos o varios Estados, con el objeto de crear, modificar o extinguir derechos y deberes.⁵⁰

Los tratados internacionales son considerados verdaderos actos políticos ejecutados por el ejecutivo, porque la misma Constitución ha depositado en aquel no solo la competencia para negociarlos, sino la plenitud de la soberanía para comprometer y obligar

⁴⁹ Julio César Trujillo, op. cit., p. 247.

⁵⁰ Gustavo Penagos, op. cit., p. 143.

al país; sin embargo, las preguntas que surgen son las siguientes: ¿si un tratado se celebra violando la normatividad constitucional, podría ser demandado ante la jurisdicción interna del país suscriptor? ¿Son susceptibles de ser controladas constitucionalmente la celebración y suscripción de los tratados internacionales?

Creemos que si el tratado lesiona normas constitucionales, en consecuencia adolece de vicio de nulidad y puede ser declarado nulo no por un órgano jurisdiccional interno pero sí por un órgano internacional. No se trata de desconocer la soberanía de las partes contratantes, ni la legislación de otros países, sino que estamos en presencia de un fenómeno jurídico evidente; un tratado viciado de nulidad que viola normas nacionales que son expresión de la soberanía popular.

Podría decirse que una decisión jurisdiccional en materia de tratados internacionales sería discutida en otros países; no obstante, si el tratado viola normas constitucionales de uno de los países suscriptores, se debe tener en cuenta que jurídicamente las partes contratantes se obligan a respetar las respectivas legislaciones internas, y si ello no sucede, se colige que el tratado no ha nacido válidamente a la vida jurídica y por lo mismo es nulo.

Otra cosa muy distinta es aquella contenida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, pues frente al incumplimiento, se puede obligar al Estado transgresor de esta norma, a la observancia y cumplimiento del tratado, no así frente a una violación de orden constitucional que dio origen a un tratado nulo.

Es necesario recalcar que nuestra Constitución en vigencia establece que los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la

Constitución con la inclusión adicional de la aplicación de los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta (artículo 417).

Por otro lado, si tenemos presente que la Constitución -norma suprema del Estado- que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico interno cede frente a una de derecho internacional -tratado internacional- en aplicación del principio pro ser humano, no encontramos la razón para que estos mismos tratados no tengan por qué ceder frente a la propia Constitución cuando en ella se reconozcan derechos mas favorables a los contenidos en dichos tratado; mas si tenemos presente que, en aplicación del artículo 426 de la propia Constitución, las juezas y jueces, autoridades administrativa y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente y de manera disyuntiva las normas constitucionales o internacionales de derechos humanos aunque las partes no las invoquen, en aplicación del principio de aplicación preferente como una derivación del principio *pro homine*, recogido también en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵¹

La opción anotada, no es más que la consecuencia de la supremacía constitucional en el orden jurídico interno y sobre todo una vigencia real y material de los derecho fundamentales, más aún, si con la vigencia de la actual Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos gozan de un rango constitucional, o han sido equiparados a nivel constitucional; no así lo referido a los tratados que se ocupan de otras materias, como por ejemplo los tratados internacionales en materia comercial, tributaria, empresarial, etc.⁵²

Afortunadamente la Constitución en vigencia, al igual que la del 98, establece un mecanismo previo de control de constitucionalidad en cuanto a tratados internacionales se

⁵¹ Eduardo Ferrer Mag-Gregor, *Interpretación Constitucional*, México, Editorial Puruá, tomo I, 2005, p. 330.

⁵² César Montaña Galarza, *Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución ecuatoriana de 2008* (ensayo no publicado).

refiere antes del respectivo canje de ratificaciones, y previo a la aprobación definitiva, lo cual facilitaría de alguna manera el hecho de que se pudiera ejercer un control de constitucionalidad, pues el informe de la Corte Constitucional es previo a la aprobación del respectivo tratado (artículo 438 de la Constitución).

Esta posición no busca someter a otros países a las decisiones de un Estado, sino enjuiciar de una manera jurídica únicamente los tratados internacionales aprobados con evidentes vicios inconstitucionales y superar la inmunidad jurisdiccional persistente en esta materia, toda vez que pueden estar en juego derechos fundamentales que no pueden ser sacrificados a pretexto de cumplir el Estado sus obligaciones de carácter internacional.

Finalmente, la nueva Constitución consagra en su capítulo segundo de los derechos del buen vivir, el derecho al agua, alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social, los mismos que constituyen verdaderas políticas públicas capaces de ser judicializadas vía acción de protección sin que pueda invocarse siquiera por parte de la autoridad pública accionada que se trata de propuestas, planes de desarrollo, derechos de concreción progresiva, peor aún actos políticos o de gobierno inmunes al control.

El hecho de que se contemple la posibilidad de poder accionar vía acción de protección en contra de políticas públicas, implica que las diferentes autoridades en ejercicio de la función administrativa, en ningún momento puedan atentar siquiera contra la vigencia material de los derechos fundamentales *so pena* de ser llamadas a comparecer ante los jueces constitucionales para que justifiquen el porqué de sus actuaciones.

En un Estado constitucional, las políticas públicas son mecanismos de garantía de los derechos y no al revés, o sea mecanismos de vulneración y trasgresión de los mismos.

Para concluir debemos manifestar adicionalmente que la limitación en materia de amparo, no sólo que se encontraba prevista en aquellas resoluciones de la Corte Suprema, sino que en la propia Constitución de 1998 prevaleció la teoría de los derechos subjetivos al permitir que “cualquier persona por sus propios derechos”⁵³ pueda interponer una acción de amparo, en tanto que la Constitución 2008 fue más amplia al garantizar que los derechos se podrán promover en forma individual o colectiva permitiendo de esta manera que “cualquier persona grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad” puedan intentar una acción constitucional,⁵⁴ puesto que al Estado y a la comunidad les interesa que se sepa cuándo hay violaciones y que se corrijan las actuaciones atentatorias a los derechos.⁵⁵

⁵³ Constitución Política de 1998, artículo 95.

⁵⁴ Constitución Política de 2008, artículo 86.

⁵⁵ Ramiro Ávila, “Los principios de aplicación de los derechos” en *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1era edición, 2008, p. 47.

CAPÍTULO II. LA ACCIÓN DE AMPARO O ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y LOS ACTOS NORMATIVOS.

2.1. Los actos administrativos y los actos normativos.

Algunos autores consideran que los actos administrativos constituyen la generalidad y en consecuencia, los actos normativos dicen, no son más que una especie de actos administrativos con contenido general. Así, el doctor Rafael Oyarte cuando se refiere a los decretos ejecutivos como normas válidas dentro del ordenamiento jurídico dice:

[...] Respecto a los decretos ejecutivos se debe tener presente que bajo esta categoría se expiden tanto actos normativos (reglamentos, por ejemplo) como actos administrativos (nombramientos, destituciones, remociones, ascensos, bajas, etcétera) [...] **se deben considerar las características de los actos normativos que los distinguen de los actos administrativos, tendiendo presente, en primer lugar, que el acto normativo es la declaración de voluntad de órgano del poder público competente, que se manifiesta en la forma prevista por la Constitución, que contiene disposiciones que mandan, prohíben o permiten, cuyos preceptos tienen carácter de obligatoriedad general, mientras que en el acto administrativo es la declaración de voluntad unilateral de la administración la que ocasiona efectos jurídicos particulares y en forma directa (crea, modifica o extingue situaciones jurídicas individuales) [...].**⁵⁶ (El subrayado está fuera del texto).

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en sus artículos 65 y 80 ha definido lo que hemos de entender por actos administrativos y actos normativos cuando dicen: “Art. 65.- Acto Administrativo.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”, en tanto que, el “Art. 80.- Acto normativo.- Es toda

⁵⁶ Rafael Oyarte Martínez, “La acción de inconstitucionalidad de actos normativos” en *Procesos Constitucionales en el Ecuador*, Serie Número 9, Quito, Corporación Editora Nacional, 2003, p. 19.

declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución corresponde al presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria”.⁵⁷

Vale mencionar al respecto, que la actual Constitución al igual que la de 1998 reconocen que la potestad reglamentaria no corresponde solamente al Presidente de la República (artículo 147 numeral 13), sino a todo órgano del poder público al cual se le haya conferido esta atribución mediante ley, siempre que no se altere o innove las disposiciones legales a la cuales se reglamenta (artículo 132 numeral 6).

Tanto los actos administrativos como los actos normativos son actos de autoridad pero que se diferencian en algunas circunstancias particulares que las resumimos de la siguiente manera:⁵⁸

a) El acto normativo goza de una característica de generalidad, es decir, se imputa a todos los sujetos cuya conducta se acopla al supuesto de hecho previsto en la norma, en tanto que el acto administrativo se aplica de manera exclusiva a unos destinatarios en particular sin afectar a la generalidad;

b) El acto normativo goza además de una característica de abstracción, al contrario de los actos administrativos cuya concreción es su característica fundamental;

c) El acto normativo es “permanente”, estable en el tiempo, es decir no se agota con su cumplimiento ni pierde su vigencia por su incumplimiento, en tanto que los actos administrativos conllevan una declaración precisa que se agota en sí misma cuando se aplica a una situación en particular.

d) El acto normativo carece de una condición de ejecutoriedad propia de los actos administrativos, es decir, sólo si se cumplen los presupuestos previstos en la norma, las

⁵⁷ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

⁵⁸ Rafael Oyarte Martínez, op. cit., p. 150.

consecuencias jurídicas serán eficaces para los actos normativos, mientras que la ejecutoriedad es directa para los actos de contenido administrativo.

Los actos normativos, son normas generales y abstractas creadoras de normas jurídicas, pues no se refieren a una situación jurídica en especial o concreta. Así, las normas jurídicas se estructuran de acuerdo con la siguiente fórmula: Si “A” entonces deber ser “B” para “F”, donde: “A” es el supuesto de imputación, que a su vez obliga a la producción de “B” y “F” es el fin que la administración debe perseguir en su actuación.

Si el acto se refiere a una categoría de sujetos *X*, sin determinar de manera específica a qué tipo de sujetos se refiere en concreto, nos encontramos entonces frente a una norma general (un acto normativo), mas por el contrario, si el acto determina de manera específica el sujeto al cual esta dirigido el acto, estamos frente a uno de carácter particular o individual (acto administrativo),⁵⁹ puesto que si las leyes pudiesen dirigirse a los sujetos considerados individualmente, sustituirían a los actos de la administración y a las sentencias de los jueces; de ahí la característica de la generalidad y la abstracción como garantía de imparcialidad.⁶⁰

Más allá de lo manifestado, tanto los actos administrativos como los actos normativos son obligatorios y su cumplimiento no depende de la voluntad de los administrados como destinatarios del acto.⁶¹

⁵⁹ Rubén Flores Dapkevicius, *Amparo, Hábeas Corpus y Habeas Data*, Montevideo, Euros Editores S.R.L., 2004, p. 169.

⁶⁰ Gustavo Zagrebelsky, op. cit., p. 29.

⁶¹ Rafael Oyarte Martínez, op. cit., p. 150.

ACTO ADMINISTRATIVO	ACTO NORMATIVO
-Efectos particulares	-Efectos generales
-Concreto	-Abstracto
-Se agotan con su cumplimiento	-Es permanente
-Gozan de ejecutoriedad	-Carecen de una condición de ejecutoriedad

*Tanto los actos administrativos como los actos normativos son obligatorios.

Figura 1.

En la doctrina mucho se ha discutido sobre la procedencia o no de la acción de amparo constitucional –hoy acción de protección- en torno a los actos normativos; no obstante, en nuestra legislación el criterio se ha orientado a distinguir que para la impugnación de actos normativos tales como leyes orgánicas, ordinarias, reglamentos y resoluciones de carácter general o *erga omnes*, lo procedente e idóneo es la acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 436 numeral 2 de la Constitución actual.

En materia de amparo o protección, existen algunas circunstancias que se han expuesto frecuentemente, y que sirven de fundamento para negar esta garantía constitucional cuando de actos normativos se trata.

Se ha sostenido que para que proceda la acción de amparo o protección como garantía tutelar de los derechos constitucionales, es necesario que se afecte directamente a una persona, grupo de personas, situación que no ocurriría con la sola expedición de una norma con un contenido general y abstracto (acto normativo); por otro lado, se dice que la resolución que concede el amparo únicamente favorece a quien la solicita debiendo en consecuencia seguirse aplicando la norma con contenido general para quienes no hubieren

interpuesto estas acciones, lo que ocasionaría a la postre una situación de desigualdad y en definitiva de vulneración de los derechos; y finalmente, como corolario de lo anterior, se ha indica que si de algún modo se produjere una suspensión del acto normativo, esto ocasionaría inseguridad jurídica para todos quienes están sujetos a dicho instrumento.

La ex Corte Suprema de Justicia, ha manifestado en sus resoluciones que la acción de amparo (acción de protección) es improcedente cuando se la interponga respecto de actos normativos de carácter general o *erga omnes* tales como leyes orgánicas, ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones de obligatoriedad general, ya que para suspender sus efectos por violación de la Constitución en el fondo o en la forma, cabe la acción de inconstitucionalidad que debe intentarse ante el Tribunal Constitucional.⁶²

Igual situación ha ocurrido con el denominado Reglamento de Trámite de Expedientes emitido por el Tribunal Constitucional, en donde se preveía igualmente, que la acción de amparo deberá ser rechazada siempre que se la intente respecto de actos normativos con contenido general o *erga omnes*.⁶³

Si bien es la propia norma suprema la que ha establecido un mecanismo autónomo de impugnación cuando se considere existe un acto normativo con contenido general que violenta la Constitución en el fondo o en la forma, y aun cuando la acción de protección o amparo no puede reemplazar los procedimientos instituidos por el propio ordenamiento jurídico, debiendo primar la armonía, correspondencia y coherencia entre todas las normas y principios constitucionales, esta interpretación de la Corte Suprema en materia de amparo y la propia del Tribunal Constitucional, en el punto específico de los actos normativos, ha

⁶² Resolución de la Corte Suprema publicada en el Registro Oficial Nro. 378 de 27 de julio del 2001.

⁶³ Reglamento de Trámite de Expedientes, publicado en el Registro Oficial No. 492 de fecha 11 de enero del 2002.

sido entendida, interpretada y aplicada de modo restrictivo, limitativo e inconstitucional respecto de los derechos fundamentales; primero, porque en su momento no sólo que transgredió la norma constitucional del artículo 18 de la Constitución de 1998, sino que actualmente, contraviene el artículo 11 numeral 4 de la Constitución en vigencia; en virtud del cual, ninguna norma jurídica, peor aun una resolución o reglamento pueden restringir el contenido de los derechos y de las garantías constitucionales; y, segundo, porque dicha regulación ha sido entendida de manera errónea aplicándola inclusive frente a actos de aplicación o ejecución de una ley, lo cual es incorrecto, inconstitucional, restrictivo y violatorio de los derechos fundamentales, puesto que en este caso -acto de aplicación de una ley-, estaríamos frente a un acto en concreto que puede violar derechos fundamentales, con lo cual, se justificaría plenamente la interposición de una acción de protección en estos casos.

La Constitución en vigencia en su artículo 436 numeral 2 dice: “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiere la ley, las siguientes atribuciones:...2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos, autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado”, no obstante nos preguntamos ¿acaso la acción de inconstitucionalidad prevista en la Constitución Política constituye un mecanismo inmediato de protección de los derechos fundamentales frente a la aplicación de un acto normativo violatorio de dichos derechos?

En los actuales momentos podríamos hablar de que la acción pública de inconstitucionalidad de alguna manera cumple con este objetivo y con el estándar internacional de garantía prevista en el artículo 25 de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos, que garantiza un recurso ágil, sencillo, en relación a la regulación que sobre la materia preveía la anterior Constitución de 1998, en donde la demanda de inconstitucionalidad de un acto normativo implicaba un procedimiento un tanto “complicado” al establecer como legitimados activos solo a ciertas personas o instituciones bajo el cumplimiento de unos requisitos.

Con la vigencia de la nueva Constitución, la acción de inconstitucionalidad de un acto normativo, al igual que la acción de protección, como mecanismos de tutela constitucional, posibilitan un proceso ágil de impugnación desde el momento mismo en que faculta la interposición de estas acciones a cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente procurando el resarcimiento del derecho de la forma más efectiva; no obstante, no debemos olvidar que los procesos de inconstitucionalidad de las leyes son un remedio referido exclusivamente a asegurar la primacía de la Constitución. Se trata de una protección objetiva y no subjetiva como el amparo o protección, aun cuando el interés que mueve tanto al juez como a las partes es el de resolver el juicio de forma constitucionalmente correcta.⁶⁴

⁶⁴ Carmen Blasco Soto, *El recurso de amparo contra leyes en España*. *Rev. derecho (Valdivia)*, ago. 2001, vol.12, en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502001000100009&lng=es&nrm=iso (visita realizada el 10 de enero de 2009).

CUADRO COMPARATIVO CONSTITUCIONES 1998-2008	
Constitución 1998	Constitución 2008
<p>-Acción de amparo constitucional: Acción cautelar destinada a cesar, evitar o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítima de autoridad pública.</p> <p>-Acción de inconstitucionalidad de actos normativos y de actos administrativo: Corresponde al Presidente, Congreso Nacional, Corte Suprema, consejos provinciales, concejos municipales, mil ciudadanos, y cualquier ciudadano previo informe del Defensor del Pueblo.</p>	<p>-Acción de protección: Acción cuyo objeto es el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales por actos u omisiones de autoridad pública no judicial.</p> <p>-Acción de inconstitucionalidad de de actos normativos de carácter general: Cualquier ciudadana o ciudadano, individual o colectivamente.</p>

Figura 2.

Pero, ¿qué sucedería cuando un acto de autoridad pública lesiona derechos constitucionales como consecuencia de la aplicación o ejecución de una ley inconstitucional o acto normativo de contenido general? Aun cuando la respuesta pueda resultar coherente y lógica en el sentido de que debería proceder efectivamente una acción de protección frente a un acto que se funde en una ley inconstitucional, el tema no es pacífico, de ahí que el punto a tratar a continuación nos permitirá aclarar el problema.

2.2. El control de constitucionalidad como garantía frente al legislativo. (Amparo constitucional e inaplicabilidad).

Bien sea a través de una ley ordinaria o a través de una ley orgánica, el legislador no puede dotar a su norma cuando desarrolla un derecho, del contenido que él desee, limitando o restringiendo su núcleo esencial; si esto sucediese, la supremacía constitucional en

realidad no se proyectaría sobre él y podría actuar entonces como amo y señor de la Constitución dotándole del contenido que se le antoje.

Si el legislador debe desarrollar efectivamente los derechos, ¿hasta dónde alcanza su libertad de configuración o es que acaso no tiene límite alguno? Desde luego que debe reconocerse un margen al legislador, un margen razonable y sobre todo constitucional, instituyendo ciertos límites a su tarea legislativa que derivan además de una voluntad anterior (del constituyente), es decir, un margen limitado por el contenido constitucionalmente declarado de cada derecho al que necesariamente deberá restringirse el legislador. Podrá en consecuencia configurar el derecho, pero nunca limitarlo más allá de su núcleo esencial. La garantía del contenido esencial funciona entonces como un límite de los límites constitucionalmente admisible.⁶⁵

La decadencia de los dogmas propios de la ideología liberal positivista como la infalibilidad del legislador y el de la inatacabilidad de sus resoluciones es lo que va a permitir una construcción de los mecanismos necesarios de control de las normas legales que aseguren el sometimiento a la Constitución y su supremacía.⁶⁶

Es lógico suponer que el legislador al emitir las normas necesarias para un convivencia social, ha de establecer una determinación del sentido político del ordenamiento dentro de las opciones constitucionalmente válidas; pero si dicha norma se contrapone a un principio fundamental, es obligación del órgano encargado del control constitucional restaurar el orden jurídico lesionado, haciendo respetar la supremacía constitucional declarando ya sea su inconstitucionalidad (Corte Constitucional) o su “inaplicabilidad” (jueces en general).

⁶⁵ Pedro Serna y Fernando Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales-Una alternativa a los derechos en conflicto*, Buenos Aires, La Ley S.A., 2000, p. 48.

⁶⁶ Manuel Antonio Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Editorial Trotta S.A, 1997, p. 211.

Ahora bien, ¿qué sucedería entonces si el legislador en un margen de discrecionalidad legislativa viola este contenido esencial? ¿Debe aplicarse esa ley inconstitucional? ¿Existe algún mecanismo de tutela frente a actos normativos que violen derechos fundamentales?

En un sistema de control de constitucionalidad como el ecuatoriano, todos los jueces son quienes determinarán si el legislador ha respetado ese contenido esencial y si en consecuencia ha incurrido o no en una inconstitucionalidad de la norma expedida. Así, los juezas y jueces tienen el deber y la obligación constitucional de inaplicar de manera directa una norma que se *considera* es contraria a la norma fundamental, y correlativamente, aplicando directamente las normas constitucionales y las de instrumentos internacionales de derechos humanos mas favorables a la vigencia de los derechos (principio pro homine), con la particular indicación, de que la norma constitucional contenida en el artículo 428, coloca en una condición facultativa al juzgador frente a un problema de tipo constitucional cuando dice: “Cuando una jueza o juez *considere* que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales...”,y solo finalmente, la Corte Constitucional es quien conserva la potestad de decidir sobre la cuestión con efectos generales, sin contar con que la tramitación de la causa se suspende en dichos casos (artículo 428 Constitución de 2008), lo que a la final comporta un tránsito de un sistema de control difuso previsto en la Constitución de 1998 que permitía al juez ordinario declarar inaplicable una norma contraria a la Constitución sin perjuicio de fallar sobre el asunto en concreto (artículo 274 Constitución de 1998), a un sistema de control concentrado de constitucionalidad.

Rubén Martínez Dalmau dice “Con independencia de los debates sobre las ventajas y desventajas entre los sistemas difusos, mixtos y concentrados, lo cierto es que las nuevas

tendencias del constitucionalismo avanzan hacia fórmulas mixtas o concentradas...Al respecto, uno de los principales retos que se plantean actualmente las ciencias jurídicas en general y el derecho constitucional en particular, es el perfeccionamiento de este control concentrado de constitucionalidad...”⁶⁷

El principio de supremacía constitucional de poco valdría si no existiese un aparato de control de esa supremacía esto es, una magistratura constitucional que opere como órgano de control, además de algunos procesos constitucionales mediante los cuales pueda efectivizarse realmente la superioridad de la Constitución cuando esta es infringida por normas, actos u omisiones de los poderes públicos constituidos o de los particulares cuando actúan a nombre del Estado.

La Constitución Política en vigencia, al igual que la de 1998, ha instituido en su artículo 11 numeral 3 que toda autoridad pública se convierta en órgano primario del control de constitucionalidad de sus propias decisiones, al disponer lo siguiente: “...Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial de oficio o a petición de parte...”; por su parte el artículo 426 indica: “...Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean mas favorables a las establecidas en la Constitución aunque las partes no las invoquen expresamente...”; igualmente en su artículo 428, tal como lo manifestamos, se ha consagrado una tendencia hacia un sistema de control concentrado cuando contempla la posibilidad de que una jueza

⁶⁷ Rubén Martínez Dalmau, “Supremacía de la Constitución, control de constitucionalidad y reforma constitucional” en *Desafíos constitucionales la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, 1era edición, 2008, p. 284.

o juez, en las causas en las que conozca y cuando considere que una norma es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos suspenda la tramitación de la causa y remita en consulta el expediente a la Corte Constitucional para que resuelva su inconstitucionalidad; y por otro lado, existen también acciones directas de impugnación de normas con un contenido general (actos normativos), mediante una acción directa de inconstitucionalidad; y, otras acciones o garantías jurisdiccionales como la acción de protección, de incumplimiento, habeas corpus, habeas data y acceso a la información pública que constituyen también mecanismos de defensa de la Constitución y de los derechos establecidos en la misma.

Un sistema completo de control de constitucionalidad requiere de varios ingredientes como los siguientes: una constitución rígida, un órgano de control independiente del órgano controlado, facultades decisorias del órgano de control; el derecho de los perjudicados a reclamar e impulsar el control; y, el sometimiento de todo el mundo jurídico al control.⁶⁸

En la medida en la que una ley pueda vulnerar derechos fundamentales se suscita la duda respecto al proceso constitucional destinado a tutelar los derechos de los administrados.

El problema central de la acción de protección y los actos normativos, se circunscribe a determinar bajo qué circunstancia debe intentarse dicha acción constitucional o garantía. Lo determinante es que el amparo contra leyes debe ser un cauce procesal

⁶⁸ Alberto Wray, op. cit. p. 30.

adecuado que sirva para asegurar de modo continuo el acondicionamiento de las leyes a la Constitución.⁶⁹

Carmen Blasco Soto afirma: “...el conflicto se plantea porque el amparo contra leyes va dirigido a controlar la actividad del legislador, pero en último extremo el control es sobre el juez...para las partes el amparo contra leyes es el cauce procesal que permite cuestionar la constitucionalidad de la ley...”.⁷⁰

Existen algunas posibilidades: 1) Algunos sostienen la posibilidad de poder impugnar vía amparo o acción de protección de manera directa la vigencia de una ley que se considera inconstitucional; 2) hay quienes sostienen la procedencia del amparo o protección en contra de leyes autoaplicativas, sin que sea necesario esperar un acto posterior de aplicación o ejecución; y 3) otros en cambio, sostienen que dicha procedencia se circunscribe a un acto concreto de aplicación de una ley.⁷¹

1) La acción de protección y las leyes inconstitucionales.

Estimo que no basta la vigencia de una ley inconstitucional por sí, para poder acudir al remedio del amparo o protección, pues es necesario la concurrencia de por lo menos un agravio personal, directo e inmediato de un derecho para justificar la procedencia de esta acción.

La sola vigencia de una ley inconstitucional, abstracta y general no faculta la interposición de una acción de protección para poder impugnarla, aun cuando se alegue la

⁶⁹ Carmen Blasco Soto *El recurso de amparo contra leyes en España*. Rev. derecho (Valdivia), ago. 2001, vol.12,no.1, en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502001000100009&lng=es&nrm=iso (visita realizada el 10 de enero de 2009).

⁷⁰ Carmen Blasco Soto *El recurso de amparo contra leyes en España*. ibídem.

⁷¹ Samuel Abad Yupanqui, “El amparo contra leyes” en *Lecturas Constitucionales Andinas* 3, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 130.

violación de derechos fundamentales, ya que la vía directa de impugnación es la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional.

Por ello quizá es necesario distinguir las leyes según sus efectos, incluyendo conceptos como el de las leyes autoaplicativas; pues mientras unas leyes tienen efectos mediatos y su sola vigencia no engendra vulneración de derechos (leyes heteroaplicativas); otras sí gozan de estos efectos y su mera vigencia implica ya la vulneración de un derecho constitucional (leyes autoaplicativas).

2) La acción de protección en contra de leyes autoaplicativas.

La idea central hace referencia a la posibilidad de interposición de la acción de protección (amparo constitucional) directamente en contra de normas que por su sola expedición, sin que se precise de ningún acto de ejecución, lesionan derechos fundamentales.

La doctrina ha identificado como leyes autoaplicativas aquellas normas de acción automática de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación, sin necesidad de otros actos que los desarrollen o los hagan aplicables.⁷²

Jorge Danós dice: “las normas autoaplicativas, son dispositivos directamente obligatorios, que traen aparejado un principio de ejecución en sí mismas, porque con su sola promulgación o expedición se origina agravio o vulneración de derechos constitucionales”.⁷³

⁷² Rubén Hernández Valle, *Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional*, Lima, Jurista Editores, 1era edición, 2006, p. 114.

⁷³ Jorge Danós, “La acción de amparo contra normas en el ordenamiento jurídico peruano” en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1era edición, 1991, p. 75.

Estas normas por ser automáticamente aplicativas favorecen a determinada categorías de destinatarios ya sea porque sus disposiciones son inmediatamente obligatorias por su propia vigencia o porque llevan en sí mismas el principio de la ejecución.

En general las leyes y los actos normativos están exentos del amparo o protección salvo cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de las mismas, o cuando se trate de normas de acción automática, de forma que sus preceptos resulten obligatorios y surtan los efectos inmediatamente a partir de su sola promulgación, en cuyo efecto suelen presentarse dos modalidades: una en que el amparo se transforma en una acción de inconstitucionalidad y la otra, en que el tribunal falla el caso en concreto y de encontrar que la norma impugnada es inconstitucional declara su inaplicabilidad, descalificándola con efecto inter-partes a efectos de hacer cesar la violación constitucional.⁷⁴

Las posiciones son diversas en torno al tema propuesto: unos a favor, cuyos argumentos los resumimos de la siguiente manera: a) este tipo de normas no necesitan de una aplicación posterior para producir sus efectos; b) desde su entrada en vigor conllevan una evidente obligatoriedad que afecta los derechos; c) los particulares no deben esperar actos de aplicación de una ley inconstitucional que viola sus derechos para poder interponer una garantía constitucional como el amparo o protección; y d) sería un contrasentido exigir a los administrados que en casos de manifiesta afectación tuvieran que esperar actos de aplicación de esa ley para que pudiesen solicitar el amparo.

⁷⁴ Rubén Hernández Valle, op. cit., p. 114.

Autores como Raúl Gustavo Ferreira han argumentado lo siguiente:

[...] hay leyes que con su sola promulgación adquieren operatividad inmediata (por ejemplo, al establecer un impuesto que se debe tributar acto seguido, o al prohibir la salida del país a quienes se encuentren en ciertas condiciones, etc.). En tales casos, hay ya un perjuicio para los afectados, el que daría pie a la acción de amparo. No obstante, cierta jurisprudencia incluso de la C.S.J.N., parece entender que sólo existía allí una cuestión abstracta, mientras no medie un acto estatal concreto que efectivice la ley discutida (v. gr. hasta que no se inicie el apremio por ejecución fiscal, o hasta que no se deniegue la solicitud de pasaporte del interesado)...El régimen constitucional del amparo no parece habilitar su procedencia directa contra una ley, sino contra un acto que se funde eventualmente en sus formaciones [...].⁷⁵

Se ha argumentado además, que la ley sólo adquiere una existencia real cuando se aplica a unos casos en particular y sólo entonces hay una persona ofendida y ésta tiene el derecho de defenderse; por lo tanto, las “leyes autoaplicativas” finalmente necesitan de un acto de ejecución y es allí en donde la acción de protección encuentra su verdadero sustento.

3) La acción de protección en contra de un acto de ejecución sustentado en una norma inconstitucional.

Este supuesto se presenta cuando el acto de una autoridad, funcionario o persona lesiona derechos fundamentales como consecuencia de la aplicación o ejecución de una ley

⁷⁵ Raúl Gustavo Ferreira, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2001, pp. 378-379.

inconstitucional. Tal como ha indicado la Corte Constitucional de Colombia, “una cosa es la norma y otra bien distinta su aplicación a un caso concreto”.⁷⁶

En este caso la acción de garantía se la interpone de manera directa contra el acto de ejecución de la ley que se considera es inconstitucional aun cuando se trate de una mera aplicación.

Abad Yupanqui ha destacado posiciones a favor y posiciones en contra en torno al tema planteado. Las posiciones a favor –dice–, admiten el empleo del amparo en contra de actos de aplicación de una ley, y en consecuencia, el juez que conoce del caso deberá disponer la inaplicación de la norma con efectos limitados al caso concreto y siempre que ello sea necesario para la solución del conflicto. Destaca como ejemplos de este tipo de posiciones, el caso mexicano y el español. El primero, dice, procede cuando existe una persona ofendida y ésta tiene el derecho de defenderse contra la aplicación actual de la ley por medio del recurso de amparo, aun cuando la critica también, en el sentido de que se restringiría el empleo del amparo a los actos aplicativos de leyes y no lo consentiría directamente frente a ellas; y, el segundo caso, (el español), sólo admite el amparo en forma indirecta, es decir, contra actos de aplicación de una ley que ha adquirido la denominación de “auto cuestión de inconstitucionalidad”.

En las posiciones contrarias destaca fundamentalmente el caso argentino, cuando su legislación dispone que la acción de amparo no será admisible cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas; sin embargo, reconoce el autor que la jurisprudencia y la doctrina han cuestionado estos alcances a través de una interpretación progresista que armonizaba dicho artículo de la ley con el principio de supremacía constitucional, de ahí que el empleo

⁷⁶ Samuel Abad Yupanqui, op. cit., p. 139.

del amparo frente a actos de aplicación de leyes inconstitucionales sea cada vez mas frecuente.

Carmen Blasco Soto dice: “Las normas con fuerza de ley sólo pueden ser atacadas en amparo con ocasión de su aplicación. El amparo puede utilizarse para enjuiciar de modo abstracto y general de las leyes. Como consecuencia, el recurso de amparo se dirige, directamente, contra el acto de aplicación y sólo mediatamente contra el texto de la ley. Se exige que el recurrente haya experimentado una lesión concreta y actual en sus derechos...”.⁷⁷

Así como los casos peruano, colombiano y venezolano, el ecuatoriano también, como una consecuencia lógica del principio de supremacía constitucional, admite la interposición de una acción de protección en contra de actos de autoridad pública que se funden en la aplicación de una ley o reglamento inconstitucional con el carácter de general (acto normativo), con la consecuencia lógica por cierto de que los efectos rigen al caso en concreto.

Tal como lo manifestamos anteriormente, aun cuando existen mecanismos de impugnación directa respecto de actos normativos que violan la Constitución, como la acción de inconstitucionalidad de normas, no se excluye de manera absoluta que la acción de protección no constituya un mecanismo ágil y eficaz de defensa de los derechos constitucionales frente a actos u omisiones de autoridad pública, así estos tengan como antecedente un acto normativo, ya que del texto constitucional vigente no se puede derivar una interpretación restrictiva que tienda a menoscabar el ejercicio de esta garantía jurisdiccional, puesto que la propia intención del constituyente, autor de la carta fundamental de 2008, fue posibilitar también la interposición de una acción de protección

⁷⁷ Carmen Blasco Soto, *El recurso de amparo contra leyes en España*, ibídem.

frente a este tipo de actos, cuando en su artículo 88 dice: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial...”.

Aparentemente la poca efectividad de los mecanismos de control normativo en vía directa como la acción de inconstitucionalidad, han estimulado de alguna manera el frecuente uso de la acción de amparo instrumentándola como una vía “informal” para el control de las normas, y decimos aparentemente⁷⁸, puesto que la amplia legitimación activa reconocida en la actual Constitución Política respecto de la interposición de la acción de inconstitucionalidad (artículo 439 de la Constitución), contribuirá a restar en alguna medida el interés frente a la posibilidad de plantear acciones de protección contra actos aplicativos de una ley que se considera inconstitucional, sin descuidar eso sí, de la gravedad que para el ordenamiento jurídico implica una declaratoria de inconstitucionalidad.

No debemos olvidar que existen situaciones en las cuales al presentar una acción de protección, se puede invocar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, en dicho supuesto, coincidimos con el criterio vertido por el doctor Hernán Salgado Pesantes en donde expone: “...si un juez conoce de una acción de amparo puede, en dicho proceso individualizado, declarar la inaplicabilidad de una norma legal que el juez estima contraria a la Constitución...pues según mi interpretación, este precepto constitucional –se refiere al artículo 274 de la Constitución de 1998- quiere que los jueces o tribunales, cuando conocen una causa particular, cuiden que no exista inconstitucionalidad en las normas jurídicas que deben aplicar al caso...”⁷⁹.

⁷⁸ Jorge Danós, op. cit., p. 64.

⁷⁹ Hernán Salgado Pesantes, *Manual de Justicia Constitucional* No. 5, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005, p. 78.

Acorde al precepto constitucional contenido en el artículo 428 que dice: “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, **suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional...**”, podemos destacar que si bien nuestra Constitución no hace distinción respecto de la causa que conozca la jueza o juez, pues dice de manera general, *la causa*, pudiendo ser esta de naturaleza civil, penal, administrativa, tributaria y por qué no de una acción constitucional de protección, el trámite de la acción de protección en particular podría variar, dada la singularidad de esta garantía y siempre que el objetivo último sea la defensa de los derechos fundamentales.

En este supuesto consideramos que el trámite deberá estar guiado; primero, por la defensa de los derechos constitucionales violados, una suerte de “acción de protección provisional” que no suspenda la tramitación de la acción constitucional, debiendo adoptarse todas las medidas de protección en tutela de los derechos violados; y segundo, de manera paralela, la jueza o juez constitucional deberá remitir el expediente a la Corte Constitucional para que se pronuncie sobre la constitucionalidad o no de la norma en ciernes con efectos generales.

No se declara la inconstitucionalidad con el carácter de general puesto que dicha declaratoria corresponde a las acciones de control constitucional vía directa (acción de inconstitucionalidad), y el juzgador se limita a inaplicar la norma descalificada a efecto de hacer cesar la violación de los derechos constitucionales.

Recordemos que el modelo concentrado, abstracto y a posteriori de control de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional, en lo que respecta específicamente a

la acción de inconstitucionalidad de actos normativos, es un sistema inspirado en el modelo kelseniano de control de constitucionalidad instaurado en Austria en 1920, en contraposición al modelo de control concreto, difuso estadounidense o *judicial review* atribuido al juez Marshall dentro del célebre caso Marbury vs. Madison en 1803 también contemplado en nuestra Ley suprema.

2.3. La acción de protección y las normas de carácter general en la nueva Constitución.

La acción de protección si bien tiene un efecto reparador como innovación a la anterior acción de amparo constitucional, sigue siendo una acción extraordinaria de defensa de los derechos cuyo objeto principal es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución.

Tanto la Constitución del 98 como la del 2008, contemplan de manera efectiva una acción extraordinaria de defensa y garantía de los derechos fundamentales llamada amparo en la Constitución del 98 y acción de protección en la actual Constitución, frente a actos u omisiones de autoridad pública que violen los derechos fundamentales de los administrados.

Así las cosas, el tema no ha cambiado en cuanto a los actos normativos se refiere, salvo que el control de constitucionalidad para los actos administrativos con contenido particular como competencia exclusiva de la Corte Constitucional se encuentra excluido en el nuevo texto constitucional, pudiendo en la actualidad ser impugnados única y

exclusivamente cuando de cuestiones constitucionales con efectos particulares vía acción de protección y vía recurso subjetivo en cuanto se refiera a cuestiones de legalidad.⁸⁰

El tema del debate en el presente capítulo ha sido el determinar la procedencia o no de la acción de protección en contra de los actos normativos, razón por la cual nuestras consideraciones finales son las siguientes:

1) Acertadamente la Constitución ha identificado un procedimiento autónomo e independiente para cada tipo de impugnación, aun cuando en el fondo ambas tengan por objeto la supremacía constitucional y la vigencia de unos derechos ahí contemplados. Una para el caso de los actos u omisiones de autoridad pública con efectos particulares que afecten asuntos de constitucionalidad vía acción de protección; y otra, la vía de impugnación para los actos normativos de carácter general prevista en el artículo 436 numeral 2 de la Constitución.

2) Es lógico y coherente que si lo que se pretende es la declaratoria de invalidez del acto normativo lo procedente es una acción pública de inconstitucionalidad, sin embargo, **si lo que se pretende, es impugnar un acto administrativo de aplicación o ejecución de una ley que viola derechos y garantías constitucionales, lógicamente creemos que es procedente una acción de protección que ampare de manera directa y eficaz el derecho violado, aún cuando su antecedente sea un acto normativo.**

3) En cuanto a la leyes autoaplicativas se refiere, nuestra posición está orientada a aceptar la interposición directa de una acción de protección en contra de una ley

⁸⁰ Concuero con el criterio expuesto por el doctor Agustín Grijalva cuando en su artículo “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional” en la obra *Desafíos Constitucionales: La Constitución ecuatoriana en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1era edición, 2008, sostiene que la inclusión de los efectos generales respecto de la impugnación constitucional de los actos administrativos normativos como competencia de la Corte Constitucional, es aclaratorio y pertinente, puesto que si los efectos del acto son individuales, lo que procede no es la acción pública de inconstitucionalidad sino el amparo o recurso de protección.

inconstitucional siempre que pudieran concurrir algunos requisitos fundamentales que deberán ser considerados en un cuerpo normativo de orden secundario, puesto que como se dijo, bajo una perspectiva de defensa de los derechos, no se puede esperar para que los administrados sean sancionados inconstitucionalmente o que se les aplique actos concretos que tiene como antecedente un norma inconstitucional para que luego puedan interponer una acción de protección en defensa de sus derechos.

Como lo hemos venido diciendo, el tema nos es pacífico en el campo de la doctrina; no obstante, una aclaración precisa y efectiva en un cuerpo legal de segundo orden o rango, llámese ley de control constitucional, ley orgánica de control constitucional, etc., ayudará para que estas y otras particularidades sean reguladas y aclaradas sin que de manera alguna se pueda restringir o limitar el uso de tan noble garantía constitucional de los derechos fundamentales, pero que al mismo tiempo no puede ser manoseada y desprestigiada en perjuicio de su necesaria vigencia.

CAPÍTULO III. EL AMPARO (ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN) Y LAS DECISIONES JUDICIALES.

3.1. La cosa juzgada: *¿un límite de la acción de amparo constitucional o acción extraordinaria de protección?*

Mientras los tribunales supremos o cortes supremas nacieron para cumplir la función específica de controlar la correcta aplicación de la ley a los casos concretos, además de controlar una correcta actuación de los jueces respecto de la ley, los tribunales constitucionales o cortes constitucionales surgieron para la tutela de derechos fundamentales y del derecho objetivo en el marco constitucional.

Este fue el núcleo originario de las competencias de la jurisdicción constitucional las cuales posteriormente se ampliaron a una actividad de contralor constitucional de todas las competencias de los poderes públicos en relación con la norma fundamental, inclusive las de los órganos jurisdiccionales.

Pablo Dermizaky nos dice:

Mientras la justicia ordinaria se ocupa de controversias entre particulares, o entre éstos y el Estado en su calidad de persona de derecho privado, la justicia constitucional es de orden público porque, al defender la Constitución, preserva la estructura jurídico-política del Estado y los derechos fundamentales de la persona [...] estas claras diferencias entre justicia constitucional y justicia ordinaria no suponen una separación infranqueable entre ambas. Al contrario, su coordinación y complementariedad son requisito esencial de un Estado de Derecho.⁸¹

⁸¹ Pablo Dermizaky, “Justicia constitucional y cosa juzgada” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 10ma edición, 2004, p. 293.

Toda la construcción doctrinal de la Revolución Francesa tenía su base en la supremacía de la ley y en la negación de la supremacía jurídica de la Constitución, de hecho, por mucho tiempo la ley sería considerada la principal sino la única fuente del derecho.⁸²

El tratadista Luigi Ferrajoli indica que:

[...]En efecto, con aparente paradoja era el iusnaturalismo la teoría del Derecho premoderno; mientras que el positivismo jurídico expresado en la fórmula hobbesiana correspondía a la instancia axiológica de la refundación del Derecho sobre el principio de legalidad como garantía de certeza y libertad frente a la arbitrariedad. El estado de Derecho moderno nace, como la forma del estado legislativo de Derecho...De aquí un análogo cambio de paradigma de la jurisdicción, que deja de ser producción jurisprudencial del Derecho y se somete a la ley y al principio de legalidad [...].⁸³

Por el contrario, la experiencia norteamericana fue totalmente diferente, los revolucionarios de ese entonces, a diferencia de lo que sucedía en Francia, no tuvieron que terminar con una sociedad estamental, no tuvieron en un principio por qué luchar por una igualdad formal ante la ley; y tampoco debían negociar nada con un monarca preocupado por ocupar un lugar en el orden jurídico del nuevo Estado. Así, los revolucionarios norteamericanos orientaron su preocupación hacia un sistema equilibrado de los poderes y funciones, bajo una norma fundamental que previera unos derechos indisponibles para los poderes públicos en general.

⁸² Rosario Serra Cristóbal, *La guerra de las cortes*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1999, pp. 30-31.

⁸³ Luigi Ferrajoli, "Pasado y Futuro del Estado de Derecho" en *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 16.

Bajo esta perspectiva, la experiencia norteamericana concretaría la vigencia de una suprema ley, fundada en el principio de soberanía popular sustitutivo del principio de soberanía parlamentaria; sin embargo, la pregunta estaba latente: ¿a quién confiar el control de una ley contraria a esa norma constitucional suprema?, ¿sería acaso factible depositar dicho control en manos del legislador democráticamente elegido?, ¿sería acaso el juez el encargado de ejercer dicho control?, ¿o acaso, el mismo ejecutivo?

Con el pasar de los tiempos, y bajo la experiencia italiana y alemana en las que el legislador asumiendo un papel de defensor de la constitución, se había convertido en un problema por su arbitrariedad; y el juez por su lado, en su instrumento, los tribunales constitucionales se erigieron como verdaderos tribunales jurisdiccionales de defensa de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, dejando atrás aquella posición clásica de meros “legisladores negativos” para convertirse entonces en verdaderos guardianes de los derechos y garantías constitucionales.

La desconfianza creciente hacia un legislativo transgresor de los límites constitucionales y un judicial del cual también se sospechaba, hizo dudar a los constituyentes sobre si la ley democráticamente aprobada gozaba de un proceso previo de ponderación y análisis constitucional que abarcara a todos los poderes públicos.

En este contexto, Rosario Serra Cristóbal anota:

[...] se buscó una fórmula de la justicia constitucional que garantizara el contenido y la eficacia de los derechos de la forma más amplia posible frente a todos los poderes públicos, y además, que se salvaguardasen del modo y la manera en que los constituyentes y el legislador lo habían determinado. Por ello se estableció el recurso de amparo como

garantía de que también los jueces mantendrían la efectividad del contenido constitucional [...].⁸⁴

Esta tensión latente a quién confiar el control de la actividad pública en última instancia, y la subsecuente salvaguarda de los derechos fundamentales, ha llevado en la vida práctica a discusiones interminables acerca de los papeles que deben jugar hoy día las más altas cortes a nivel nacional.

Tanto en Francia como en Estados Unidos, no existe mayor posibilidad de conflicto entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. En Francia, porque no existe un recurso extraordinario como el amparo o protección en contra de sentencias, y porque el *Conseil Constitutionnel français*, solamente funciona como un juez de la ley, al más puro estilo kelseniano; y en Estados Unidos, porque es el mismo Tribunal Supremo el intérprete de la Constitución, las leyes federales, y los tratados internacionales; y además porque el sistema difuso del control de constitucionalidad, permite a cualquier órgano jurisdiccional no aplicar una norma cuando es contraria al texto constitucional.⁸⁵

Para el caso español, las cosas son diferentes desde el momento en que su ordenamiento jurídico prevé una acción extraordinaria de defensa de los derechos en contra de decisiones judiciales.

El recurso de amparo español está regulado por la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y los Acuerdos del Tribunal Constitucional. Este recurso consiste en una auténtica acción judicial autónoma, subsidiaria, extraordinaria, informal y definitiva. A través de esta acción se cumplen simultáneamente dos finalidades constitucionales. Por

⁸⁴ Rosario Serra Cristóbal, op. cit., p. 42.

⁸⁵ Rosario Serra Cristóbal, op. cit., pp. 44-46.

un lado, se protegen los derechos fundamentales de las personas residentes en territorio español y, por otro, de la otra, se asegura la aplicación prevalente de la Constitución en el ordenamiento jurídico.

El sistema alemán por su parte, ha garantizado un reconocimiento nacional e internacional de la labor desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal. Su experiencia en materia del control constitucional de las sentencias judiciales es muy importante desde la perspectiva comparada, cuando en el artículo primero de la Ley Fundamental establece que los derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable por lo que se acepta sin controversias que el recurso de queja por inconstitucionalidad puede ser usado para atacar sentencias judiciales.

Este conflicto de jurisdicciones, -la ordinaria y la constitucional-, conocido también como “choque de trenes”, ha llevado a juristas y doctrinarios a tomar posiciones encontradas en torno al tema de la acción de amparo, tutela o protección y su procedencia cuando de decisiones judiciales se trata.

En el caso del Ecuador este conflicto tiende a armonizarse de alguna manera con el nuevo mecanismo de control concentrado de constitucionalidad, en donde, la jueza o juez encargado del conocimiento de una causa puede remitir en consulta a la Corte Constitucional el caso para que resuelva una cuestión de constitucionalidad respecto de una norma que se considera inconstitucional en el caso que se juzga (artículo 428 Constitución); al tiempo que se “agudiza”, con la inclusión de una acción autónoma e independiente a la acción de protección, se trata de la acción extraordinaria de protección en contra de sentencias y autos definitivos ejecutoriados provenientes de los órganos jurisdiccionales (artículo 94 de la Constitución).

La percepción de que una acción extraordinaria de protección es fuente de tensión entre las altas cortes tiene sus matices.

Un sector de la doctrina ha considerado que el problema no es mayor y en consecuencia la solución es sencilla: eliminar el amparo o protección contra sentencias no solo evitaría el conflicto en las altas cortes, sino también prevalecería la seguridad jurídica, la cosa juzgada y el principio de independencia del juez natural.⁸⁶

Consideramos que el tema es mucho más serio y va más allá de simples afirmaciones, pues solo una concepción firme de la existencia de unos derechos fundamentales conlleva la implementación necesaria de mecanismos eficaces de protección.

El doctor Agustín Grijalva nos dice al respecto:

[...] hay que señalar, primero, que la institución de control constitucional de decisiones judiciales no es, como algunos han dicho, una novelería o extravagancia. Por el contrario, la institución existe en muchos países con sistemas jurídicos similares al nuestro. Así, por ejemplo, existe con mayor o menor amplitud en todos los demás países de la Comunidad Andina, así como Chile, España o Alemania por citar algunos. A nivel de derecho comparado, lo extraño, más bien, es la prohibición absoluta que establece la Constitución ecuatoriana de 1998, como lo expresa la Comisión Andina de Juristas: “De los países de la región, Ecuador es el único que contiene una restricción absoluta a la posibilidad de iniciar un proceso de amparo contra una resolución judicial [...]”.⁸⁷

⁸⁶Catalina Botero y otros, *Tutela contra sentencias* http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=265. (visita efectuada el 13 de enero de 2009).

⁸⁷ Agustín Grijalva, “Perspectivas y Desafíos de la Corte Constitucional” en *Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1era edición, 2008, p. 270.

Asistimos hoy en día, a una judicialización necesaria de los derechos humanos en el orden jurídico interno de los Estados, de manera que ya no solamente el ejecutivo es controlado, sino que también el legislativo y el judicial son objeto de control cuando restrinjan o violenten derechos fundamentales ¿Es posible entonces una acción de amparo o acción de protección en contra de sentencias judiciales?

Sobre la base de que la Constitución como norma suprema obliga a todos por igual, no puede existir en el ordenamiento jurídico de un Estado, una ley, un decreto, resolución o decisión judicial ausente de un control.

En el Estado absoluto, la autoridad representada por el monarca (Estado), somete al Derecho como norma; en el Estado legislativo la autoridad (parlamento) somete al Estado a través de la Ley; en el Estado constitucional de derechos y de justicia, la autoridad (el constituyente) a través de la Constitución, los derechos humanos y la persona someten al Estado.⁸⁸

El tratadista José Antonio Rivera establece lo siguiente:

En resguardo del Estado democrático constitucional en general, y del principio de supremacía constitucional en particular, se ha establecido el sistema de control de constitucionalidad. En consecuencia, la jurisdicción constitucional se ha instituido por las normas de la Constitución con la misión de afirmar la integridad y primacía de la Constitución, asegurando que efectivamente todos los poderes públicos, así como sus autoridades y funcionarios, sujeten sus actos a las normas, valores y principios constitucionales [...].⁸⁹

⁸⁸ Ramiro Ávila, “Ecuador, Estado constitucional de derechos y de justicia”, op. cit., p. 29.

⁸⁹ José Antonio Rivera, “El Amparo Constitucional contra Sentencias” en *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*, 2003, p. 214.

Aun cuando los diferentes sistemas jurídicos asumen hoy en día la vigencia necesaria de una norma jurídica suprema que limite y vincule a todos los poderes públicos, el tema del debate acerca del control constitucional y de las sentencias judiciales sigue vigente.

Uno de los argumentos más fuertes invocados por aquellas posiciones provenientes de la jurisdicción ordinaria, ha sido la institución jurídica de la cosa juzgada como un límite absoluto al control de constitucionalidad.

José Antonio Rivera dice: “La autoridad de la cosa juzgada es, pues, calidad, atributo propio del fallo que emana de un órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo. Es inimpugnable, en cuanto la ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia”.⁹⁰

Los vocablos cosa juzgada provienen del latín *res iudicata*, que significa, lo que ha sido juzgado o resuelto. La cosa juzgada consiste en la necesidad imperiosa de darle a la decisión proferida sobre la cuestión principal debatida en un proceso, la calidad de definitiva y evitar así que pueda volver a debatirse en otro, lo que haría interminable la controversia.⁹¹

Sin embargo, ¿es la cosa juzgada un principio absoluto?, ¿en qué momento la sentencia se vuelve definitiva y cuándo puede revisarse?

Si nos referimos a las sentencias emitidas por la propia Corte Constitucional, la cosa juzgada en materia de garantías es indudable, al igual que la declaratoria de inconstitucionalidad, pues ésta expulsa del ordenamiento jurídico una norma que se considera es contraria a la Constitución. Pero, si nos referimos a las demandas de inconstitucionalidad en donde la Corte rechaza una acción de inconstitucionalidad por

⁹⁰ José Antonio Rivera, op. cit., p. 215.

⁹¹ Jaime Azula Camacho, *Curso de Teoría General del Proceso*, Bogotá, 3ra edición, 1986. p. 409.

estimar que la norma impugnada no contraviene el texto fundamental las cosas pueden variar, puesto que si bien las magistraturas deben someterse en principio a sus propio fallos (regla *stare decisis*) pueden existir cambios o reformas posteriores tanto a la norma secundaria como a la constitucional que permitan en un futuro poder volver a impugnar dicha norma.

Rafael Oyarte sostiene:

Al efecto se debe tener presente que, en virtud del principio *stare decisis*, las magistraturas, en principio, deben someterse a sus propios fallos pues, en caso contrario, se podrían vulnerar derechos fundamentales como la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva. Pero ese sometimiento no puede ser irracional, es decir, la invocación de precedentes no puede ser mecánica pues, en virtud de la regla *stare decisis*, el tribunal debe estar de acuerdo con los motivos por los que se dictaron las sentencias anteriores, esto es, con su *ratio decidendi* [...] El Tribunal Constitucional está para resguardar la integridad de la Constitución, no para sostener sus propios fallos, peor para reiterar errores o volver a incurrir en ellos conscientemente. Un fallo se dicta por razones jurídicas y no por razones de conveniencia [...].⁹²

Pero cuando la institución jurídica de la cosa juzgada lo entendemos en el ámbito de la justicia ordinaria las cosas son diferentes. Autores como Pablo Dermizaky nos dicen al respecto lo siguiente:

[...] la cosa juzgada suele dividirse en **formal y material**. La primera ocurre cuando una sentencia ejecutoriada no puede ser revisada dentro del mismo proceso, pero

⁹² Rafael Oyarte Martínez, op. cit., p. 22.

admite otra acción en un proceso distinto. La segunda es la que no admite revisión en ninguna forma [...] Cabe mencionar que la cosa juzgada constitucional, difiere de la cosa juzgada ordinaria [...] En este sentido la cosa juzgada ordinaria es siempre formal cuando en el proceso se han vulnerado esos derechos, porque es revisable mediante acción de amparo, que culmina con una sentencia del Tribunal Constitucional que adquiere categoría de cosa juzgada material, porque es definitiva [...].⁹³ (Las negritas son mías).

Bajo un criterio conservador, procesalista, desde una visión legalista del derecho y sus instituciones, la cosa juzgada como institución jurídica constituye un límite al control constitucional; no obstante, los tiempos que hoy en día vivimos requieren nuevos debates y planteamientos al respecto.

No debemos olvidar que la institución jurídica de la cosa juzgada es una creación propia del Derecho Procesal, creada como un corolario del principio de seguridad jurídica, presente también en la propia Constitución (artículo 82 de la Constitución) y que es entendida como la estabilidad mínima que las instituciones que rigen la vida de una sociedad deben tener; y en una vigencia auténtica de la Ley manifestada en el respecto a los derechos proclamados en la Constitución con en la posibilidad de que su amparo sea eficaz⁹⁴; por ello, quienes consideran que la legitimidad de un fallo o sentencia debe tener un mínimo de justicia material, admiten que la institución jurídica de la cosa juzgada debe ceder bajo ciertas consideraciones, ante la necesidad imperiosa de que en el derecho triunfe la verdad y la justicia como fines últimos del Estado.

⁹³ Pablo Dermizaky, op. cit., p. 296.

⁹⁴ <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Constitucional.80.html> (visita realizada el día 20 de marzo de 2009).

Sólo puede aspirar a la cosa juzgada una sentencia que tenga un mínimo de justicia material. Y ese mínimo de justicia material es precisamente el respeto de los derechos fundamentales.⁹⁵

La cosa juzgada no debe ser entendida como un dogma absoluto sino precisamente como lo que es, un instrumento procesal cuya finalidad es otorgar un sello de firmeza y certidumbre a un determinado fallo judicial.⁹⁶

Es necesario tener presente que si un cuerpo normativo de rango inferior a la Constitución, o sea una ley, puede introducir consideraciones de cuándo y hasta dónde opera la institución jurídica de la cosa juzgada, no existe justificativo para que la Constitución como norma suprema, no pueda crear mecanismos de protección de tutela de los derechos fundamentales, restringiendo los alcances de dicha institución.

Para concluir, la seguridad jurídica, principio constitucional que sustenta la regla de la cosa juzgada como necesidad de certeza o firmeza, no deja de regir, sino únicamente se difiere o cede espacio ante una exigencia mayor en el ámbito de su actuación: obtener una reparación de un derecho fundamental que ha sido vulnerado por una sentencia o auto definitivo, además de que este mismo principio, no puede de manera alguna conducirnos al extremo de que un tribunal no intervenga ante violaciones claras de los derechos puesto que su protección es, en últimas, uno de los fines del Estado constitucional y democrático.⁹⁷

⁹⁵ Catalina Botero y otros, *Tutela contra sentencias*, ibídem.

⁹⁶ José Antonio Rivera, op. cit., p. 215.

⁹⁷ Catalina Botero y otros, *Tutela contra sentencias*, ibídem.

3.2. Tesis permisivas y tesis negativas respecto de la acción de amparo en contra de sentencias judiciales.

La pregunta que por mucho tiempo y aun en los actuales momentos guiaría el debate en torno a la legitimidad de la justicia constitucional y el lugar que ocupa dentro del Estado democrático y su relación con el legislador, ahora incluye también el debate sobre su relación y vínculo con el judicial.

Bajo esta perspectiva nos preguntamos: ¿Si los órganos jurisdiccionales son los primeros garantes de los derechos fundamentales y del debido proceso, cómo es posible que sus decisiones puedan estar sujetas a un control constitucional?

Las posiciones asumidas por los diferentes tratadistas y estudiosos en torno al tema han sido numerosos; sin embargo, para efectos de estudio, las hemos clasificado en dos grupos: i) tesis permisivas, para quienes se encuentran a favor de esta institución jurídica; y, ii) tesis negativas para quienes propugnan lo contrario.

Comenzaré por analizar las tesis negativas, no sin antes indicar que nuestra posición se orienta hacia la tesis permisiva. ¿El por qué? Será expuesto en detalle.

3.2.1. Tesis negativas.

Si el control de constitucionalidad de las leyes es un problema objetivo para el Estado democrático que pone sobre la mesa algunos problemas como las relaciones entre política y derecho en el marco del Estado constitucional, el problema de la impugnación de sentencias a través de garantías constitucionales no constituye un problema menor.

Quienes fundan su argumento en la tesis negativa, suelen ser parte de aquel sector compuesto por los jueces ordinarios, excesivamente formalistas, ritualistas y muy

respetuosos del principio de soberanía parlamentaria o soberanía de la ley, propios de un Estado liberal clásico de derecho.

Se argumenta por parte de los defensores de esta tesis, que al ser la Corte Constitucional o el Tribunal Constitucional una institución politizada, la influencia política de la cual tanto se ha hablado y se ha reprochado, debe estar fuera de los criterios jurídicos, estaría interfiriendo constantemente en el ejercicio de la administración de justicia ordinaria, la cual quedaría en consecuencia subordinada a factores eminentemente políticos.⁹⁸

Para identificar a este sector, el doctor Grijalva, ha expuesto con precisión algunas consideraciones:

[...] Es una innovación innecesaria, afirman los críticos, porque son o deben ser los propios jueces los que resguardan en el trámite de las causas el debido proceso. Es peligrosa porque abre la posibilidad de que muchos abogados recurran a este amparo extraordinario para dilatar aun más los procesos judiciales, atacando incluso la cosa juzgada de las sentencias y, por tanto, la seguridad jurídica [...].⁹⁹

Los defensores de la supresión de esta acción extraordinaria han sostenido adicionalmente que si los propios procesos judiciales son el escenario ideal de justiciabilidad de los derechos y en consecuencia, un espacio insustituible para la tutela de los derechos, no debe existir un órgano superior a ellos que pueda revisar sus fallos, más aún, cuando en el orden jurídico las cortes nacionales o cortes de de casación son los tribunales supremos de sus jurisdicciones y que cuentan además con la misma formación

⁹⁸ Agustín Grijalva, op. cit., p. 270.

⁹⁹ Agustín Grijalva, op. cit., p. 269.

judicial que los jueces constitucionales¹⁰⁰ o, si como lo entendía Kelsen, autor citado por Rosario Serra Cristóbal, el mero hecho de que un acto jurídico emane de un tribunal constituye una garantía suficiente de su regularidad, y su mediata o inmediata constitucionalidad no es, un motivo suficiente para sustraer a estos actos de las jurisdicciones comunes y someterlos a una jurisdicción constitucional especializada.¹⁰¹

Se ha dicho también, que la vigencia de una acción que pueda revisar sentencias y autos definitivos en defensa de los derechos fundamentales implicaría necesariamente una cuarta instancia dentro del ordenamiento jurídico, y poco a poco, al igual que lo que ha sucedido con el recurso extraordinario de casación, el tema de una “revisión” de sentencias y autos definitivos, tornaría en interminables a los procesos judiciales que de por sí, llevan un tiempo considerable en su tramitación y posterior resolución en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, quienes proponen eliminar una acción extraordinaria de protección o tutela en contra de sentencias y autos definitivos sostienen que la sola eliminación de este tipo de acciones o garantías evitaría un choque de trenes o conflictos entre las altas cortes.

Lo que no se ha dicho sin embargo, es que esta acción es subsidiaria y extraordinaria, debiendo en consecuencia operar ciertos requisitos o condiciones de procedibilidad necesarios para su vigencia, como por ejemplo, que se trate de sentencias y autos ejecutoriados pero no ejecutados (es decir antes de que se ejecute la sentencia misma); que se hayan agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en el orden jurídico interno; un tiempo de caducidad para la interposición de la garantía; que se refiera exclusivamente a la violación de derechos fundamentales y que puedan afectar o

¹⁰⁰ Catalina Botero y otros, *Tutela contra sentencias*, ibídem.

¹⁰¹ Rosario Serra Cristóbal, op. cit., p. 39.

hayan afectado gravemente el proceso; la necesidad de la invocación previa del derecho constitucional violado, lo cual no solo estimularía la constitucionalización del derecho sino que controlaría un incremento desmesurado y abusivo de la garantía, etc.¹⁰²

La cosa juzgada, la seguridad jurídica y el principio de independencia judicial parecen ser entonces el argumento más fuerte de este sector.

3.2.2. Tesis permisivas.

Quines se identifican con esta corriente, están alineados en una posición que la denominaremos constitucionalista, en donde la Constitución cumple un papel verdaderamente normativo, jurídico y supremo dentro del ordenamiento jurídico de un Estado.

Algunos autores como Domingo García Belaúnde, han considerado que la tesis permisiva puede ser a su vez: permisiva fuerte; permisiva mediana y permisiva débil. La permisiva fuerte permite el amparo contra todo tipo de resolución judicial, pero para su procedencia es necesario que se encuentre en juego un derecho constitucional (México); la mediana, lo admite, en un buen número de casos (España); y la débil lo admite solo excepcionalmente (Brasil y Perú).

Aún cuando los reparos a la acción extraordinaria de protección parezcan razonables pues se fundan en una concepción legalista del Estado, esas objeciones olvidan ciertas funciones esenciales del amparo contra sentencias dentro de una democracia constitucional.¹⁰³

¹⁰² Mauricio García Villegas, Rodrigo Uprimny Yepes, www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=25 – (visita realizada el día 1 Junio de 2009)

¹⁰³ Catalina Botero y otros, *Tutela contra sentencias*, ibídem.

Todos, incluidos el judicial, se encuentra sujetos a un control necesario respecto de sus decisiones y actuaciones cuyo fundamento único y exclusivo consiste en tomar a los derechos en serio, como lo decía Ronald Dworkin.

Allí en donde una autoridad pública pueda traspasar el límite fijado por la Constitución y sus actos u omisiones sigan, no obstante, teniendo valor jurídico, no sirve tener Constitución o, como dijo Lassalle, ésta es apenas una hoja de papel sin contenido material.¹⁰⁴

El respeto a los derechos fundamentales no puede ser una obligación exclusiva del Presidente, de las legislaturas y de los ciudadanos en general, sino también, de los jueces y tribunales en ejercicio de su actividad, como los principales garantes del respeto de unos derechos indisponibles para cualquier autoridad o funcionario.

Agustín Grijalva indica al respecto:

[...] Los jueces ordinarios no solo que están obligados a actuar en el marco de la Constitución, como lo está cualquier autoridad pública, sino que cumplen funciones de protección de la Carta Fundamental mediante instituciones como las garantías jurisdiccionales (amparo, hábeas corpus, hábeas data, etc.) y el examen de la constitucionalidad de las normas legales e infralegales que aplican en el proceso. Esta sujeción de todas las funciones, órganos y autoridades públicas a la Constitución es lo que define al Estado Constitucional moderno [...].¹⁰⁵

Es indudable que la protección de los derechos fundamentales debe hacerse primariamente dentro del propio proceso, pues el juez ordinario es también juez

¹⁰⁴ José Antonio Rivera, op. cit., p. 219.

¹⁰⁵ Agustín Grijalva, op. cit., p. 270.

constitucional, no obstante, eso no excluye la conveniencia y necesidad de una acción extraordinaria, pues subsiste la posibilidad de error judicial, y en especial la necesidad de unificar la interpretación constitucional.

El argumento según el cual la acción extraordinaria de protección atenta contra la independencia judicial y el principio de especialidad, no es tampoco totalmente válido. Está garantía (acción extraordinaria de protección), está concebida para proteger el derecho fundamental y no para pronunciarse sobre las consideraciones de orden legal, y si bien en ocasiones el juez constitucional que conoce de esta acción se inmiscuye en los problemas puramente legales, ello no debería llevar a la eliminación de esta acción en el orden jurídico sino más bien hacia una adecuada regulación.

El argumento de la cuarta instancia, encuentra su límite también, cuando el recurso o acción extraordinaria de protección, tiene como única finalidad el reestablecimiento inmediato de un derecho fundamental restringido por la autoridad judicial, de manera que el juez constitucional, circunscribirá su análisis sólo sobre ese particular (la vulneración del derecho constitucional), sin que pueda pronunciarse sobre los demás asuntos objeto de la controversia y sin que pueda revisar en consecuencia, el fondo del litigio que motivó la sentencia impugnada.¹⁰⁶

La idea de una acción extraordinaria de protección, encuentra su sustento en la necesaria vigencia de un control de las actuaciones judiciales dentro de un proceso, una fórmula de cierre dentro del ordenamiento jurídico que evite responsabilidades internacionales posteriores al Estado trasgresor de los derechos fundamentales y unifique la interpretación sobre el alcance y contenido de los derechos fundamentales.

¹⁰⁶ José Antonio Rivera, op. cit, p. 219.

Finalmente la “revisión” de las sentencias y autos ejecutoriados por parte del máximo órgano de interpretación y justicia constitucional no atentan contra la vigencia de la institución jurídica de la cosa juzgada tal como lo argumentan sus detractores, sino únicamente la difiere en tutela del reestablecimiento de un derecho fundamental que siempre debió ser respetado, observado y garantizado.

Con acierto Ramiro Ávila expone:

[...] se ha abierto una puerta tan grande como numerosas son las violaciones de los derechos en el país. Es de esperar que la Corte Constitucional y los jueces que ejercen competencia constitucional sepan distinguir entre los derechos fundamentales y los derechos que pueden ser exigidos vía ordinaria...a mayor respeto de los derechos, menor uso y menos necesidad de las garantías [...].¹⁰⁷

3.2.3. Objetivos fundamentales de la acción extraordinaria de protección en contra sentencias.

La acción extraordinaria de protección no es simplemente una “extravagancia del constitucionalismo” o mejor aún del “neoconstitucionalismo”¹⁰⁸ su finalidad es altamente provechosa no solo porque sirve de herramienta para corregir errores judiciales graves que violen derechos constitucionales, sino también, es uno de los mecanismos más eficaces de asegurar una línea jurisprudencial en materia de derechos fundamentales.

¹⁰⁷ Ramiro Ávila, “Las garantías: Herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos” en *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, 1era edición, Quito-Ecuador, 2008, p. 108.

¹⁰⁸ Miguel Carbonell, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo” en *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 9. indica que conviene tener presente que cuando se habla de neoconstitucionalismo, ya sea en singular o en el plural, se está haciendo referencia a dos cuestiones que deben estudiarse por separado. Por una parte, se refiere a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en los que se ha llamado el paradigma del Estado Constitucional; y por otro lado, se hace referencia también a una determinada teoría del Derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que dan cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos o incluso elogiosos.

La acción extraordinaria de protección cumple dos finalidades: de un lado corrige errores judiciales; y de otro lado, unifica la interpretación sobre el alcance de los derechos fundamentales logrando una constitucionalización coherente del ordenamiento jurídico.¹⁰⁹

Si la acción extraordinaria de protección tuviera solamente como misión el corregir errores judiciales o mejor dicho errores de derecho, los defensores de la eliminación de dicha garantía constitucional tendrían razón en el sentido de que tales errores bien podrían subsanarse dentro de cada jurisdicción, pues las cortes supremas o cortes nacionales dentro del ámbito de su competencia son las que están llamadas a observar el debido proceso y cumplir con las garantías constitucionales, sin embargo, este argumento no es suficiente puesto que los cánones de interpretación y aplicación de derechos en el orden constitucional son diferentes, dejando las cuestiones de legalidad para la justicia ordinaria.

Ahora bien, puede suceder que los jueces ordinarios cumplan con el debido proceso, no obstante, entre ellos puede existir una interpretación constitucional diversa, lo que justificaría una única interpretación de los derechos por parte de la Corte Constitucional superando aquellas diferencias interpretativas unificando la jurisprudencia y creando justamente seguridad jurídica, ya que la coherencia del texto constitucional solo puede ser lograda por un órgano que asegure una consistencia uniforme en la interpretación de normas abiertas o normas téticas de las que generalmente se componen los textos constitucionales.¹¹⁰

Así como la casación es el mecanismo mediante el cual se unifica la interpretación de la ley, la acción extraordinaria de protección es el mecanismo que garantiza la uniformidad en la interpretación de la Constitución teniendo en cuenta que distintas

¹⁰⁹ Catalina Botero, y otros, *Tutela contra sentencias*, ibídem.

¹¹⁰ Agustín Grijalva, op. cit., p. 271.

personas razonables pueden llegar a defender interpretaciones diversas sobre el alcance de una disposición constitucional.¹¹¹

Los argumentos de Bernal Pulido en ese sentido son aclaradores, cuando dice: “...el precedente jurisprudencial es una técnica indispensable para el mantenimiento de la coherencia en los sistemas jurídicos. Dicha coherencia es aún más necesaria cuando se trata de la interpretación de la Constitución...Esta red de precedentes debe suplir la abstracción de la Constitución. Es un mecanismo sin el cual el texto de la Constitución difícilmente podría tener fuerza como norma jurídica...”.¹¹²

Uno de los papeles de las cortes constitucionales dentro de un Estado constitucional de derechos, es unificar la interpretación del alcance de los derechos fundamentales sin que ello implique una genialidad de los jueces constitucionales, sino simplemente una lógica consecuencia de la supremacía constitucional en el orden jurídico nacional.

Gracias a la experiencia colombiana en donde la Corte Constitucional ha alcanzado un desarrollo importante en el ejercicio de sus competencias tutelando los derechos fundamentales y garantizando la supremacía de la norma fundamental, la nueva Constitución de nuestro país en su artículo 436 numeral 6, prescribe que una de las facultades de la Corte Constitucional es el expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales.

En el ámbito constitucional, la acción extraordinaria de protección lo que se busca es se respete la supremacía constitucional, se unifique la jurisprudencia y se tutelen los derechos fundamentales, una suerte de casación constitucional para utilizar un calificativo.

¹¹¹ Catalina Botero y otros, *Tutela contra sentencias*, ibídem.

¹¹² Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 157.

Me parece que tanto la acción extraordinaria de protección, así como el recurso extraordinario de casación tienen dos finalidades: una pública, que es la primordial, el velar por la vigencia del derecho objetivo mediante el control de la legalidad en los fallos de instancia, además de propiciar la unificación de la jurisprudencia (para el recurso de casación) y, la vigencia auténtica de la constitución, de los derechos fundamentales y su interpretación uniforme, así como la unificación de la jurisprudencia (para la acción extraordinaria de protección); y otra privada, no menos importante, en donde la tutela de una situación jurídica subjetiva o la reparación de los agravios proferidos a las partes por el fallo recurrido, redundan en la defensa del derecho objetivo, constituyéndose el recurso de casación y la acción extraordinaria de protección, en el motor necesario que utiliza el ordenamiento jurídico del Estado para conseguir que el tribunal de casación realice el control de legalidad en el un caso, y la Corte Constitucional un control de constitucionalidad en el otro caso, más si tenemos presente, que tanto en el recurso extraordinario de casación como en la acción extraordinaria de protección, los únicos que pueden recurrir son las partes que hayan intervenido en el proceso judicial y hayan recibido el agravio en la sentencia o auto.¹¹³

Por otro lado, es necesario anotar un argumento esclarecedor en torno al tema, cuando Rodrigo Uprimny Yepes y Mauricio García Villegas, en torno a lo que en Colombia en doctrina se ha denominado vías de hecho:

[...] la tutela procede contra una decisión judicial cuando ésta incurra en un error de tal magnitud, que pueda concluirse que la misma se aparte tan ostensible, del ordenamiento jurídico, que en el fondo no es realmente una providencia sino una vía de

¹¹³ Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2005, p. 35.

hecho. La Corte ha precisado que existen cuatro defectos o yerros que transforman un providencia en vía de hecho susceptible de tutela: i) el defecto sustantivo, si la norma invocada es claramente inaplicable al caso concreto; ii) el defecto fáctico, o error grosero en la valoración probatoria; iii) el defecto orgánico, por falta de absoluta competencia; iv) y el defecto procedimental, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite al proceso respectivo. Conviene mantener la procedencia de la tutela en estos casos de vías de hecho [...].¹¹⁴

3.3. Análisis de la propuesta de la Asamblea Constituyente en torno a la acción extraordinaria de protección.

El criterio que predominó en la Constitución del 98 era el siguiente: si la función judicial es parte del sector público, sus actos tienen el carácter de públicos, constituyen una parte de la administración pública y por ende cabe amparo contra estos actos; pero cuando sus actuaciones dentro de un proceso constituyen verdaderas decisiones judiciales estas no son susceptibles de impugnación alguna (artículo 95 inciso 2 de la Constitución del 98).

Hasta antes de la vigencia de la nueva Constitución, el Ecuador se adscribía dentro de esta tesis negativa, cerrando cualquier posibilidad de impugnación vía amparo constitucional respecto de decisiones judiciales, obviamente el criterio que predominó, era el de un Estado legislativo clásico.

La nueva Constitución en su artículo 94 cuando se refiere a la acción extraordinaria de protección, ha instituido esta garantía jurisdiccional como una acción autónoma e independiente como un trámite y procedimiento propio, diferente a la acción de protección anterior acción de amparo constitucional.

¹¹⁴ Mauricio García Villegas, Rodrigo Uprimny Yepes, www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=25 – (visita realizada el día 1 Junio de 2009)

Por su parte, el artículo 437 de la Constitución en vigencia garantiza una legitimación amplia cuando dispone que la acción extraordinaria de protección pueden intentarla los ciudadanos en forma individual o colectiva para ante la Corte Constitucional, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1.- Que se trate de sentencias y autos firmes y ejecutoriados.

2.- Que se demuestre que en el juzgamiento se ha violado por acción u omisión el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

Como podemos observar, las garantías de los administrados en el nuevo orden constitucional se amplían y se complementan con la vigencia de la nueva Constitución colmando un vacío intolerable.

La ex Corte Suprema de Justicia -con la idea errada por cierto- de que una revisión de sus fallos, constituye nada más y nada menos que una intromisión inaceptable en la esfera de su competencia, encontraría el justificativo necesario para que en aplicación del artículo 15 de la antigua Ley Orgánica de la Función Judicial, dicte las resoluciones varias veces referidas en este estudio, restrictivas de los derechos fundamentales, y que como decíamos anteriormente.

La resolución publicada en el R.O. 378 de 27 de julio del 2001, modificada parcialmente mediante resolución publicada en el Registro Oficial No. 559 de 19 de abril del 2002, establece: “Art. 2.- Particularmente la acción de amparo no procede y se la rechazará de plano cuando se la interponga respecto de:...c) Las decisiones judiciales adoptadas en un proceso, inclusive las emitidas por órganos de la administración de justicia que actualmente ejercen funciones jurisdiccionales y que deban incorporarse a la función judicial en virtud del precepto de la unidad jurisdiccional...”.

Al parecer, la disposición mencionada resulta clara en cuanto prescribe que la acción de amparo no procede contra decisiones judiciales, lo cual además era coherente con la disposición constitucional contenida en el artículo 95 inciso segundo de la Constitución de 1998; sin embargo, no existe en la actualidad ni existía en ese entonces, razón alguna para rechazar acciones de amparo o protección en contra de verdaderos actos administrativos de autoridad pública, como aquellos provenientes de los órganos disciplinarios de la Policía, el de los comisarios municipales o inclusive, aquellos inherentes al juicio de coactivas ejercidas a través de funcionarios que ejercer una función pública que pueden vulnerar derechos constitucionales; todas estas, instancias administrativas, dada la naturaleza misma del acto, y que por lo mismo no tiene un carácter jurisdiccional sino administrativo, ya que solo los jueces en estricto sentido, pueden dictar resoluciones judiciales o sentencias dentro del ordenamiento jurídico de un Estado.

Claro está que en definitiva, con la vigencia del nuevo texto constitucional en cuya disposición derogatoria dice: “Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y **toda norma contraria a esta Constitución...**” se entiende que regulaciones anacrónicas, restrictivas a los derechos constitucionales como las expedidas por la anterior Corte Suprema de Justicia en torno a la acción de amparo quedan sin efecto alguno.

La función jurisdiccional en el Estado constitucional es concebida como una actividad ejercida por un poder real e independiente, orientado a la garantía de los derechos y a la corrección de los márgenes de desviación jurídica¹¹⁵; por ello, el ejercicio de la gestión pública no puede convertirse en una fuente de violación de los derechos sino todo

¹¹⁵ Manuel Antonio Peña Freire, op. cit., p. 231.

lo contrario, una actividad de respeto y garantía de los mismos en el desempeño de la gestión.

Estas restricciones –me refiero a las resoluciones de la ex Corte Suprema de Justicia en materia de amparo-, a los derechos no hacen más que confirmar la necesidad urgente de que la nueva Corte Constitucional se convierta en un órgano expedito de tutela y protección de los derechos fundamentales o como lo dice Agustín Grijalva cuando cita a Héctor Fix Zamudio: “...Hoy los tribunales constitucionales son fundamentalmente tribunales de derechos humanos...”.¹¹⁶

En nuestro país, el debate en torno al tema de la acción de amparo o protección, se lo ha restringido exclusivamente a determinar: primero, ¿cuándo los órganos de la función judicial actúan en ejercicio de una función jurisdiccional y en consecuencia dictan una decisión judicial?; y, segundo, ¿cuándo lo hacen en el ámbito administrativo y en consecuencia toman una decisión administrativa?

En cuanto a las decisiones judiciales se refiere (actos jurídicos), y las autoridades jurisdiccionales (jueces), estos han sido vistos como intocables y quizá en una apreciación extrema, como los únicos garantes de los derechos fundamentales de los cuales nada se podía dudar. Eran ellos quienes garantizaban el ejercicio pleno de los derechos fundamentales dentro de un proceso sin que les pudiera imputar violación alguna de derechos fundamentales en el ejercicio de su función.

Es necesario que con la expedición de una Ley Orgánica de Control Constitucional se regulen asuntos trascendentales para su procedencia, sin que dicha reglamentación implique restricción de los derechos constitucionales.

¹¹⁶ Agustín Grijalva, op. cit., p. 76.

Uno de los asuntos fundamentales a ser tomados en cuenta podría ser aquel relacionado con un tiempo de vigencia necesario dentro del cual se pueda interponer esta acción extraordinaria de protección, pues no podría pensarse de ninguna manera, que una resolución judicial pudiera ser impugnada en cualquier tiempo argumentándose una violación constitucional, lo cual si contrariaría el principio constitucional de la seguridad jurídica; igualmente se podría regular el hecho de que quien pretenda ampararse en esta figura, tendría la carga de haber invocado previamente la violación de ese derecho fundamental dentro del propio proceso, salvo que la vulneración ocurra en la propia sentencia; que se requiera el auspicio de un profesional del derecho, lo cual no resulta desproporcionado si se tiene en cuenta que dentro del proceso ordinario esto ya sucedió; y finalmente, se podría regular también cuál es la consecuencia de la reparación vía acción extraordinaria de protección ya que existen algunas interrogantes que deberán ser aclaradas como por ejemplo ¿Qué sucedería si como consecuencia de la tutela de un derecho violado (ejemplo, el derecho a la defensa), vía acción extraordinaria de protección se altera radicalmente alguno de los aspectos de fondo de la contienda judicial?, ¿cuál es el efecto del amparo extraordinario o acción extraordinaria de protección en relación al juez ordinario?

Consideramos que el amparo contra sentencias o la acción extraordinaria de protección prevista en el artículo 94 de la nueva Constitución como una garantía jurisdiccional de defensa de los derechos inherentes al debido proceso u otros reconocidos en el mismo texto Constitucional (artículo 437 de la Constitución), la Corte Constitucional como órgano supremo del control de constitucionalidad debe declarar únicamente cuál es el derecho que ha sido conculcado en el proceso, y remitir seguidamente el expediente al juez ordinario en donde se haya cometido la violación constitucional para que sea este o mejor

aún, el juez subrogante o conjuez según corresponda, quien dicte la resolución que pertinente dentro del marco constitucional, pues son ellos, los jueces ordinarios, quienes en ejercicio del control de legalidad deben proceder a aplicar la ley que corresponda al caso en concreto apegados siempre a la norma constitucional.

Por otro lado, es obvio que si la vulneración del derecho constitucional se produjere dentro de la propia sentencia, la Corte Constitucional tendría la obligación de dejar sin efecto la sentencia recurrida dentro de la cual se produjo la violación constitucional y podría a su vez, dejar a salvo el pleno ejercicio de los derechos que las partes creyeran les asiste para poder iniciar un acción de reparación por error judicial en la vía judicial ordinaria, como una consecuencia lógica de la aplicación de la norma constitucional prevista en el Art. 11 numeral 8 y 9 de la Constitución.

José Antonio Rivera sen torno al caso manifiesta:

[...]Empero cabe aclarar que no se trata de que toda irregularidad cometida dentro de un proceso dé lugar a la procedencia del amparo, porque, si bien es frecuente que se produzcan irregularidades, ellas se corrigen dentro del propio proceso y, en su caso, algunas no afectan el resultado mismo del proceso. Entonces, solo deberá acudir a la vía del amparo para corregir aquellas irregularidades muy graves **que afecten el resultado del proceso** y no exista otra forma para corregirlas que no sea la vía constitucional [...] ¹¹⁷ (Lo resaltado se encuentra fuera del texto).

La posición de los derechos fundamentales hoy en día, se caracteriza por cuatro aspectos que no debemos olvidar: a) los derechos fundamentales se regulan con un rango

¹¹⁷ José Antonio Rivera, op. cit, p. 223.

máximo; b) con máxima fuerza jurídica; c) de máxima importancia; d) de máxima indeterminación.¹¹⁸

Es responsabilidad de todos, abogados, jueces, catedráticos, servidores y personas en general hacer un uso adecuado de tan noble y delicada garantía jurisdiccional de defensa de los derechos fundamentales que asegure efectivamente un proceso de constitucionalización¹¹⁹ de todo el ordenamiento jurídico.

¹¹⁸ Robert Alexy, “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, en *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, pp. 32-33.

¹¹⁹ Según Ricardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano” en *Neoconstitucionalism (s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 49. nos dice que se trata de un proceso de transformación del ordenamiento jurídico al término del cual el ordenamiento jurídico interno termina totalmente impregnado por las normas constitucionales.

CONCLUSIONES.-

1) Tal como lo expresa Luigi Ferrajoli, el principio de legalidad como garantía de certeza frente a la arbitrariedad no es ya suficiente, el Estado legislativo de derecho se encuentra hoy en crisis, y el Estado constitucional supone un nuevo cambio de paradigma dentro de la concepción de Estado.

Las leyes, como fuente de validez del ordenamiento jurídico tal como lo concebía el positivismo jurídico, han pasado a un segundo plano –sin que ello implique que no sean necesarias. El hecho de haber sido expedidas por una autoridad competente y conforme a un procedimiento, encuentra su límite en una condición de validez formal.

Las leyes, no se diga las resoluciones, reglamentos y demás actos del poder público ya no dependen solo de su forma de producción sino además de la coherencia de sus contenidos con los principio constitucionales. Así, dentro de un Estado constitucional, el Estado y el conjunto de sus instituciones desarrollan su actividad y expresan su voluntad a través de actos administrativos, contratos administrativos y hechos administrativos, los cuales son válidos, siempre que su contenido guarde coherencia con la Constitución, máxima expresión de la soberanía popular.

2) El presente trabajo se orientó fundamentalmente a establecer tres tipos de actos que por diferentes circunstancias y características han sido objeto de frecuentes regulaciones cuando de acción de amparo o acción de protección se trata, estos son: los actos políticos o de gobierno; los actos normativos; y, las decisiones judiciales o actos de origen jurisdiccional.

En este contexto, los actos políticos, una forma de manifestación de la voluntad administrativa, constituye una característica de actos en franco retroceso. Los actos políticos o actos de gobierno en la actualidad, no son más que una categoría de los actos

jurídicos susceptibles de ser controlado tanto legalmente como constitucionalmente, dado que el poder político –fundamento de su validez- está limitado por el Derecho, única fuente de legitimidad del poder del gobernante, cuyo origen es la expresión de la voluntad popular, sin que existe razón alguna en los actuales momentos para justificar poderes absolutos y omnímodos inmunes al control por parte de los órganos jurisdiccionales.

La teoría de los actos políticos tuvo su inicio en la ideología francesa y se consideraba fundamentalmente a los siguientes: los actos del ejecutivo en sus relaciones con el parlamento; las declaraciones de estado de sitio; los actos diplomáticos y relaciones internacionales; y, la interpretación de los tratados, entre otros. Esta enumeración ha ido reduciéndose paulatinamente, al punto que la jurisprudencia francesa ha considerado actos políticos y de gobierno fundamentalmente a dos: los relativos a las relaciones del ejecutivo con el parlamento, y los segundos concernientes a las relaciones internacionales.

La teoría de los denominados actos políticos constituye una noción en franco retroceso, limitada a muy pocos casos en la jurisprudencia internacional en virtud, fundamentalmente, de que toda autoridad se encuentra sometida al derecho, proscribiéndose cualquier tipo de arbitrariedad.

3) Por otro lado, los actos administrativos constituyen una generalidad y en consecuencia, los actos normativos, no son más que una especie de actos administrativos con contenido general; sin embargo, tanto los actos administrativos como los actos normativos son actos de autoridad que se diferencian en algunas circunstancias particulares. El problema estriba en determinar si en realidad la sola vigencia de una ley inconstitucional, abstracta y general, ¿faculta la interposición de una acción de protección, cuando dicha ley violenta un derecho fundamental?

La consideración expuesta en este estudio se orienta a establecer que la vía directa de impugnación para los actos normativos es la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, no así para los actos de aplicación o ejecución de una ley, que posibilitan la interposición de este tipo de garantía, ya que en estos casos, podemos encontrar frente a un caso concreto o mejor dicho un acto en concreto que pueden vulnerar derechos fundamentales aun cuando su antecedente sea una ley.

En cuanto a las leyes autoaplicativas, ellas posibilitan la interposición del amparo o protección, puesto que constituyen un ámbito de normas que no necesitan de una aplicación posterior para producir sus efectos y desde su entrada en vigor conllevan una evidente obligatoriedad que puede afectar los derechos de los administrados por lo que y el esperar actos de aplicación de una ley inconstitucional sería un contrasentido en casos de manifiesta afectación a los derechos.

5) El conflicto de jurisdicciones, -la ordinaria y la constitucional-, conocido también como “choque de trenes”, ha llevado a juristas y doctrinarios a tomar posiciones encontradas en torno al tema de la acción de amparo, tutela, o acción extraordinaria de protección y su procedencia cuando de decisiones judiciales se trata. En el caso del Ecuador este conflicto tiende a armonizarse de alguna manera con el nuevo mecanismo de control concentrado de constitucionalidad, en donde, la jueza o juez encargado del conocimiento de una causa puede remitir en consulta a la Corte Constitucional el caso para que resuelva una cuestión de constitucionalidad respecto de una norma que se considera inconstitucional en el caso que se juzga (artículo 428 de la Constitución ecuatoriana); al tiempo que se “agudiza”, con la inclusión de una acción extraordinaria de protección en contra de sentencias y autos definitivos ejecutoriados provenientes de los órganos jurisdiccionales (artículo 94 de la Constitución) pero que sin embargo es necesaria.

Sobre la base de que la Constitución como norma suprema obliga a todos por igual, no puede existir en el ordenamiento jurídico de un Estado, una ley, un decreto, resolución o decisión judicial ausente de un control.

La acción extraordinaria de protección cumple fundamentalmente dos finalidades: de un lado corrige errores judiciales, y de otro unifica la interpretación sobre el alcance de los derechos fundamentales.

Por otro lado, la institución jurídica de la cosa juzgada es una creación propia del Derecho Procesal, instituida como un corolario del principio de seguridad jurídica; por lo tanto, quienes consideran que la legitimidad de un fallo o sentencia debe tener un mínimo de justicia material, admiten que la institución jurídica de la cosa juzgada debe ceder bajo ciertas consideraciones, ante la necesidad imperiosa de que en derecho triunfe la verdad y la justicia como fines últimos del Estado. La acción extraordinaria de protección está concebida para proteger los derechos fundamentales y no para pronunciarse sobre las consideraciones de orden legal, de manera que el juez constitucional circunscribirá su análisis solo sobre ese particular (la vulneración del derecho constitucional), sin que pueda pronunciarse sobre los demás asuntos objeto de la controversia y sin que pueda revisar en consecuencia, el fondo del litigio que motivó la sentencia impugnada.

En este sentido, la cosa juzgada no debe ser entendida como un dogma absoluto sino precisamente como lo que es, un instrumento procesal cuya finalidad es otorgar un sello de firmeza y certidumbre a un determinado fallo judicial.

6) El respeto a los derechos fundamentales es una obligación de todas las autoridades y de los ciudadanos en general; y, con más razón, de los jueces y tribunales en ejercicio de su actividad, como los principales garantes del respeto de unos derechos indisponibles para cualquier autoridad o funcionario.

Las supuestas regulaciones hechas por parte de la ex Corte Suprema de Justicia en torno a la acción de amparo constitucional, así como el Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional han constituido restricciones inconstitucionales de vigencia y aplicación de esta garantía. La inclusión de criterios como los actos políticos y de los actos normativos en general, sin determinar circunstancias particulares como los actos de aplicación de leyes, en las resoluciones de la Corte Suprema y del Reglamento de Trámites del Tribunal Constitucional, así como las decisiones judiciales como límites a la acción de amparo, han servido de fundamento para justificar graves violaciones a los derechos fundamentales que no pueden estar presentes y servir de fundamento hoy en día. El control de constitucionalidad y la vigencia de los derechos fundamentales son amplios; en este sentido, no puede limitarse a consideraciones anacrónicas.

Es necesaria la regulación de la acción de protección en un cuerpo normativo de orden secundario, que agilite y trace un camino para la efectivización real de la acción de protección y extraordinaria de protección sin que se restrinja o limite el ejercicio de esta acción en perjuicio de los derechos fundamentales.

7) Es necesario tener presente que la previsión de una acción extraordinaria de protección en el texto constitucional vigente, no constituye “un imposible jurídico” tal como lo ha denominado una Sala de Casación de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia colombiana al negarse a cumplir una decisión de la Corte Constitucional de ese país que había dejado sin efectos una sentencia de casación, ni tampoco una extravagancia del Estado constitucional, puesto que la única forma de que la Constitución de un país sea verdaderamente normativa y suprema es contar con estas garantías jurisdiccionales de defensa de los derechos que aseguren una vigencia e interpretación uniforme de los mismos garantizando de esta manera la seguridad jurídica tan anhelada por nuestros pueblos.

BILBIOGRAFÍA.-

- Abad Yupanqui, Samuel, “El amparo contra leyes” en *Lecturas Constitucionales Andinas* 3, Lima-Perú, Comisión Andina de Juristas, 1994.
- Alexy, Robert, “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático” en *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Andrade Ubidia, Santiago, *La casación civil en el Ecuador*, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2005.
- Ávila, Ramiro “Los principios de aplicación de los derechos” en *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos, 1era ed., 2008.
- Ávila, Ramiro, “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos”, en *Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos, 1era ed., 2008.
- Azula Camacho, Jaime, *Curso de Teoría General del Proceso*, Bogotá-Colombia, 1era ed., 1986.
- Benalcázar, Juan Carlos, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, Fundación Andrade y Asociados Fondo Editorial, 2007.
- Blasco Soto, Carmen, *El recurso de amparo contra leyes en España. Rev. Derecho (Valdivia)*, ago. 2001, vol.12, no.1, p.157-177. ISSN 0718-0950.
- Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Botero, Catalina y otros, *Tutela contra sentencias: documentos para el debate*, Centro de Estudios de Derecho y Justicia y Sociedad [http: //dejusticia.org/](http://dejusticia.org/).
- Danós, Jorge, “Lecturas sobre temas constitucionales”, en *La acción de amparo contra normas en el ordenamiento jurídico peruano*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1era ed., 1991.
- Dermizaky, Pablo, “Justicia Constitucional y Cosa Juzgada” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 10ma ed., 2004.
- Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, Editores-Libreros, Tomo II, 1965.
- Escobar García, Claudia “Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia

- constitucional?” en *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de justicia y Derechos Humanos, 1era ed., 2008.
- Ferrajoli, Luigi, *Garantismo, Un debate sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta S.A., 2006.
- Ferrajoli, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Ferreira, Raúl Gustavo, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2001.
- Ferrer Mag-Gregor, Eduardo, *Interpretación Constitucional*, México, Editorial Puruá, tomo I, 2005.
- Flores Dapkevicius, Rubén, *Amparo, Hábeas Corpus y Habeas Data*, Montevideo, Euros Editores S.R.L, 2004.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Editorial Civitas, 8va ed., 1997.
- Gaviria, Carlos, “El Estado Social de derecho y la presión política por el cambio” en *Revista de Derecho Foro Nro 7, Los Temas de la Constituyente*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2007.
- Grijalva, Agustín, “Perspectivas y Desafíos de la Corte Constitucional” en *Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1era ed., 2008.
- Hernández Valle, Rubén, *Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional*, Lima, Jurista Editores, 1era ed., 2006.
- Martínez Dalmau, Rubén “Supremacía de la Constitución, control de constitucionalidad y reforma constitucional” en *Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, 1era ed., 2008.
- Morelli, Sandra, *El control de constitucionalidad de los actos económicos del Estado*.
- Oyarte Martínez, Rafael, *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Quito, Fundación Andrade & Asociados, Fondo Editorial, 2da ed., 2006.
- Oyarte Martínez, Rafael, “La acción de inconstitucionalidad de actos normativos”, en *Procesos Constitucionales en el Ecuador Serie Número 9*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2003.
- Penagos, Gustavo, *El acto administrativo*, Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 5ta ed., Tomo I, 1992.

- Penagos, Gustavo, *Los Actos Políticos*, Bogotá- Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 1era ed., 1985.
- Peña Freire, Manuel Antonio, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Editorial Trotta S.A, 1997.
- Pérez Luño, Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 6ta ed., 1999.
- Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 8va ed., 2002.
- Pólit Montes de Oca, Berenice, *El amparo constitucional su aplicación y límites*, Quito, Corporación Editora Nacional, Volumen 19, 2002.
- Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones Tomo II, Quito, Ecuador, 1999.
- Rivera José Antonio, “El Amparo Constitucional contra Sentencias” en *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer, 9na ed., 2003.
- Salgado Álvarez, Judith “El reto de tomarnos en serio el Estado Social de Derecho” en *Revista de derecho FORO Nro. 7*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2007.
- Salgado Pesantes, Hernán, *Manual de Justicia Constitucional No. 5*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005.
- Serna Pedro y Toller Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales-Una alternativa a los derechos en conflicto*, Buenos Aires, La Ley S.A., 2000.
- Serra, Cristóbal, Rosario, *La guerra de las cortes*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1999,
- Trujillo, Julio César, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2da ed., 2006.
- Wray Alberto, *Derecho Procesal Constitucional Volumen II*, Quito, Pro Justicia, Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia USFQ, 2002.
- Wray Alberto, *Derecho Procesal Constitucional Volumen I*, Quito, Pro Justicia, Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia USFQ, 2002.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley-derechos-justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 8va ed., 2008.

<http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/021104144006.html>
http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=265.

<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Constitucional.80.html>
http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502001000100009&lng=es&nrm=iso

LEGISLACIÓN UTILIZADA.

- Constitución Política de la República del Ecuador 1998. (R.O. No. 1 de 11 de Agosto de 1998).
- Constitución Política aprobada en referéndum del 28 de septiembre de 2008. (R.O. No. 449 de 20 de Octubre de 2008).
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. (R.O. Sup. 411 de 31 de marzo de 1994).
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (R.O. 338 de fecha 18 marzo de 1968)..
- Reglamento de Trámite de Expediente, (R.O No. 492 de fecha 11 de enero del 2002).
- Resolución de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo constitucional (R.O. No 378 de 27 de julio de 2001).
- Resolución de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo constitucional (R.O. No. 559 de 19 de abril de 2002).